

Nº TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA 5 ROSARIO, 11 octubre de 2019

Y VISTOS: Los presentes caratulados: P. J. M. y OTROS S-/
AUTORIZACION. EXPTE N

LOS QUE RESULTA: Que J. M. P. y C. D. M. y Y. L. M. con patrocinio letrado peticionan autorización judicial para la realización de la transferencia de embriones a través de la gestación por sustitución de M. en su calidad de gestante y P. y M. como padres intencionales. Piden inscribir en el Registro Civil al niño/a concebido como hijo de P. y M.. Ambos refieren que comienzan una vida en pareja en enero de 2015 y toman la decisión al año de estar juntos de convivir y además de compartir viajes, trabajos, familia, amistades el deseo más grande es el de ser padres, siendo apoyados por sus familias y amigos. Indican que una tarde en la casa de B., hermana de J., Y. amiga de ellos le dice que quiere ser la mujer que lleve en la panza a su hijo. Se asesoran en el Instituto Gamma y luego de obtener los aptos físicos y psicológicos se presentan. Luego de los estudios preliminares con diversos facultativos determinaron la aptitud física y psicológicas de P., M. y M. para llevar adelante el tratamiento, transcriben la parte pertinente de esos certificados. Posteriormente arriban a un acuerdo los tres y el cónyuge de M. (O.) que en forma de acta de compromiso acompañan, celebrado el 29/05/2019, donde mencionan a los padres intencionales P., M. y la madre gestante M. comprometiéndose esta última a ayudar a la pareja conformada por los padres intencionales a someterse a un procedimiento de reproducción humana asistida de alta complejidad que se realizará con ovocitos de donante anónima. afirman que los padres intencionales son una pareja igualitaria de sexo masculino por lo que se encuentran imposibilitados de concebir el embarazo siendo la gestación por sustitución la única forma de poder lograr el pleno desarrollo de los Derechos de libertad reproductiva y de conformar su propia familia. El embarazo es llevado a cabo por la libre disposición e intención de la gestante con los gametos

aportados por uno de los padres intencionales y ovocito de donante anónima. Declaran haberse sometido a un examen físico y psicológico bajo la supervisión de los profesionales del Instituto Gamma y acuerdan realizarse los estudios médicos complementarios. La gestante manifiesta se capacita de procrear y concebir, conoce los alcances de la gestación por sustitución, se sometió libre y voluntariamente al tratamiento, que la filiación queda determinada por la voluntad de los padres intencionales, que llevará adelante la gestación según los términos establecidos, que ha recibido información médica y comprendida, asume todos los riesgos del proceso y sus complicaciones, está de acuerdo en proteger el interés del niño y su única intención es ayudar a los padres intencionales. Se obliga a seguir las indicaciones del equipo médico, pudiendo seguir el embarazo con un obstetra de su confianza, no realizar actividad física que implique riesgo, permitir a los padres intencionales ingresar a los controles médicos de rutina, no interferir en la alimentación del niño, tarea que delega a los padres intencionales y asume la prohibición de amamantar a su bebé, salvo supuesto excepcional. Los padres intencionales se comprometen a cubrir íntegramente todo gasto médico y no se considera esos valores como precio por servicios. Acuerdan que son los padres intencionales los únicos y excluyentes de nombrar al niño nacido como proceder al aborto del feto si la vida o salud de la gestante corriera peligro y no se pudiera evitar por ningún otro medio. Sostienen que el acuerdo concluirá por el cumplimiento del objeto, aborto o imposibilidad sobreviviente de la gestante de llevar adelante el proceso. A su vez los padres intencionales se comprometen a informar al niño la concepción por este método. El cónyuge de la gestante no formula oposición. Este instrumento lo presentan como prueba de la voluntad de las partes. Seguidamente desarrollan los fundamentos jurídicos para la procedencia de la acción y mencionan a la ley 26.862 con apoyo doctrinario en cuanto a que ha quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico nacional la gestación por sustitución como parte inescindible de la voluntad procreacional, a la ley 26.618, el fallo Artavia Murillo y otros c/Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el anteproyecto del Código Civil y

Comercial que contemplaba la solución con la exigencia del consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso, el cual debía ser homologado judicialmente. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC en cuanto no reconoce la voluntad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado y al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución sigue abierto la inseguridad jurídica que genera al carecer los Registros de la normativa a aplicar para la inmediata inscripción del nacimiento por lo que piden se ordene en caso de aceptarse la demanda la inscripción del niño de acuerdo a la voluntad procreacional conforme el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y fundamentación dado por el Informe de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el Acceso de los niños a la justicia. Afirman que según el CCyC la mujer gestante es considerada la madre en tanto los niños nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que ha prestado su consentimiento previo, es decir su voluntad procreacional, por lo que el caso amerita un control de constitucionalidad. Respecto del control de convencionalidad citan el caso Almonacid de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Mazzeo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación debiéndose adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño. Seguidamente citan jurisprudencia favorable al pedido. Indican la urgencia de la autorización, el consentimiento informado, la constancia del embarazo luego de cumplirse las 16 semanas del mismo en Y., el certificado médico del parto a fin de lograr la inscripción en el Registro Civil. Ofrecen prueba documental, confesional, informe ambiental. (fs. 1/73)

Brindado el trámite (fs. 74), la Defensora General n° 2 que representa complementariamente a los hijos menores de la propuesta gestante los escucha y transcribe que están de acuerdo con ello. (fs. 75). Citados a audiencia comparecen los presentantes, D. A. A. O. -cónyuge de la propuesta gestante- y NICOLAS IGNACIO O. -hijo mayor de edad de ella-, ellos afirman que tuvieron varias charlas y

posteriormente aceptaron que Y. fuera la gestante, la que informa que tuvo cuatro hijos cuyos embarazos fueron sin problema, los peticionantes informan que han contratado un seguro de vida para el cónyuge. Informan que el donante del espermatozoide será J. M. P. (FS. 76)

La Defensora General n° 2 que representa complementariamente a los hijos menores de la propuesta gestante dictamina que por las pruebas aportadas y la escucha a sus representados se evidencia que tienen una idea formada del acto que realizará su madre, con consentimiento formulado por el matrimonio O.-M. como el de la pareja M.-P.. Sostiene que cuando el procedimiento llegue a término deben tener presente aquellos y los hijos que no pueden impugnar la filiación y que el consentimiento también puede ser revocado. Afirma que la maternidad por sustitución es una realidad, ocurre de una manera no regulada generando numerosos sufrimientos para los pacientes, con cambios fundamentales en la familia y que la paternidad, la maternidad y la estabilidad de un niño están más relacionadas con sus historias con la personalidad de sus padres y el afecto que le brinden que con las circunstancias de su concepción, admite la pretensión (fs.78)

Acompañada el acta de matrimonio de D. A. A. O. y Y. L. M. y la partida de nacimiento de sus hijos (fs. 80/83) se encuentran los presentes en estado de resolver;

Y CONSIDERANDO: Que una pareja de sexo masculino -padres intencionales- piden la autorización judicial para la realización de la transferencia de embriones a través de la gestación por sustitución junto a una mujer casada -gestante -. Acompañan un consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado en forma de acta de compromiso firmado por los solicitantes, la mujer y su cónyuge. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCyC. la Defensora General que representa complementariamente a tres hijos menores de los cuatro de la futura gestante dictamina favorablemente.

Conforme a lo expuesto, la pretensa autorización refiere a un caso de subrogación gestacional a través de la inseminación artificial heteróloga en la cual el ovocito es donado por una donante anónima, el cual es fertilizado extracorpóreamente por el esperma de uno de los padres “intencionales” para finalmente implantar los embriones en el útero de la madre sustituta o gestante, disposición originariamente contemplada en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial que el Congreso de la Nación eliminó en la redacción final.

En el caso no se ha producido el implante, la gestación, ni el nacimiento de un niño, por ello la autorización requerida y puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que, los aportantes del material genético, sean considerados como progenitores conforme la voluntad expresada en tal sentido, unido al consentimiento de la persona que lleva adelante el embarazo. Debido a la ausencia de regulación, se solicita el reconocimiento de la voluntad procreacional, como fuente de filiación, consistente en la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, de uno de los comitentes acudiendo a la protección del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior.

La gestación por sustitución ha dado lugar a una importante serie de decisiones judiciales en nuestro país. La mayoría ha hecho una interpretación sistemática del ordenamiento y, básicamente, respeta el principio de la voluntad procreacional que domina al tercer tipo de filiación incorporado por el Código Civil y Comercial argentino; en consecuencia, madre no es la que gesta y pare, sino la madre de intención o comitente. En algunos casos, se ha declarado la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com.; otras decisiones han entendido que no es necesaria tal declaración aunque en todas se autorizaron la práctica. (ver Juzg. Familia Mendoza N° 2, 15/02/2018, "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas". RDF 2019-III , 291; Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, "H., M. E. y otros s/ venias y dispensas", 05/12/2017, cita online: AR/JUR/105404/2017.)

A su vez, una novedosa modalidad de registro de niños con la modalidad de útero portador, gestación solidaria, gestión por sustitución, maternidad subrogada, subrogación uterina, o como quiera llamársele, es la inscripción en el Registro de la Ciudad de Buenos Aires gracias a la disposición 93/DGRC/2017 y modificatorias. Desde el 24 de octubre 2017 se inscribe a los nacidos por técnicas de gestación por sustitución sin necesidad de requerir antes o después autorización a un juez siempre que se trate de 1) Que se trate de menores nacidos en CABA por el método de gestación solidaria realizada en Argentina; 2) que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional; y 4) que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo.

De las constancias de autos se tiene:

1.-Las ecografías y estudios médicos realizados a la gestante propuesta y a los padres intencionales concluyendo la aptitud física y psicológica de los tres (fs. 16/51)

2.- El consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado para los padres intencionales (fs. 47/52).

3.- El consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado para la gestante subrogada (fs. 53/55)

4.- El acuerdo de gestación por sustitución celebrado entre los padres intencionales y la gestante todos con consentimiento previo libre e informado, donde consta que aquellos tienen el deseo de ser padres y la única manera de lograrlo es a través de la gestación por sustitución como forma de lograr el pleno desarrollo de los Derechos de libertad reproductiva y de conformar su propia familia. El embarazo es llevado a cabo por la libre disposición e intención de la gestante con los gametos aportados por uno de los padres intencionales y ovocito de donante anónima. El documento menciona las indicaciones médicas, de cuidado personal, tratamiento y

control para la gestante, quien acepta y autoriza a los profesionales de la Clínica a realizar el procedimiento todo conforme las leyes 26.529 y 26.742 (fs. 56)

5.- el certificado de matrimonio de la mujer gestante y su marido (fs. 80) y las partidas de nacimiento de sus hijos (fs. 81/83)

6.- la escucha de los dos hijos menores -el más pequeño tiene dos años- de la Defensora General que los representa complementariamente donde se da cuenta del conocimiento y consentimiento del tratamiento a realizar por su madre (fs- 75

7- la audiencia celebrada con los progenitores intencionales, la gestante, su marido y su hijo mayor de edad donde ratifican la voluntad de llevar adelante el tratamiento y el conocimiento y aceptación por parte del cónyuge y su hijo (fs. 76)

8.- En el dictamen la Defensora General que representa complementariamente a los hijos menores de la propuesta gestante dictamina favorablemente según las pruebas aportadas y la escucha a sus representados (fs. 78)

El nuevo ordenamiento legal sistematiza específicamente la filiación por THRA donde la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable (art 561 y 562 Código Civil y Comercial). -Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86,

18/06/2013 dictado en autos "N.N. o DGMB s/ Inscripción de nacimiento AR/JUR/23081/2013-

Estas nuevas prácticas médicas fuerzan a generar nuevos conceptos jurídicos y su implementación permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento

No obstante, y según vimos el Código Civil y Comercial no regula la gestación por sustitución, esto es la utilización artificial del material genético de uno de los peticionantes con la donación de ovocitos de una donante anónima fecundado extracorpóreamente para ser implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante).

De las tres posiciones existentes en el derecho comparado frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación, Argentina adoptó una posición abstencionista, al no establecer en el nuevo ordenamiento civil y comercial, como sí lo estaba en el anteproyecto, la admisibilidad de este tipo de gestación con reglas propias con una decisión final judicial de autorización. En el entendimiento original, la filiación quedaba determinada entre el niño nacido y el o los progenitores procreacionales mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los mentados y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El texto originario del Art. 562 del anteproyecto sobre estas técnicas fue suprimido y el dictamen presentado al Congreso de la Nación por la Comisión Bicameral (apart. VI ítem 62), estimó que *"...encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma. "*

Se afirma que no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución *"significaría una contradicción global con el régimen*

normativo argentino", porque la voluntad procreacional guarda afinidad con la ley 26.529 de Derechos del Paciente, cuyos arts. 1º y 2º señalan a la autonomía de la voluntad (art. 2º inc. e). También se señala como relevante la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda "decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos" (art. 3º, inc. e)), exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3º, inc. g)), en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva (arts. 5º, inc. 3º, y 6º, incs. a), d) y e)) (GALETI, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, nro. 1, enero/febrero de 2015, p. 175)

El texto legal finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a éste tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso, no obstante incorpora un tercer tipo de filiación: la filiación por reproducción humana asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional,

Para definir el vínculo filial en función del elemento volitivo existe un reconocimiento implícito de esta práctica de alta complejidad, definida en el dec. 956/2013 que reglamenta la Ley 26.862: "*... Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...*" (art. 2º).

En lo referido al consentimiento informado, se realizó un tratamiento especial respecto de su alcance y configuración por tratarse de la exteriorización de la voluntad procreacional. En este sentido, se establece que el centro de salud que intervenga en la práctica médica deberá reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. (art 5 Ley de derechos del paciente 26.529 s/texto ley 26742), consentimiento que podría haber sido revocado hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer" (art. 7º se enrola la ley 26.862)

Por otro lado, el Código Civil y Comercial incorpora un reconocimiento legal de las personas del mismo sexo casadas o unidas convivencialmente a entre sí a tener descendencia ya que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción y cualquiera de ellas, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos (art. 558)

Por tanto cualquier matrimonio o unión convivencial hetero u homosexual tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por ser imposible a éstos últimos la fecundación natural entre sus componentes, por lo que sería inconsecuente no permitir el uso de técnicas de reproducción humana asistida, según vimos previsto originariamente en el anteproyecto del Código Civil y Comercial, .

Con la realidad biológica existen otras verdades -sociológica, cultural, afectiva- que también hace a la identidad de la persona y todas ellas son tuteladas por el ordenamiento jurídico en el art. 33 de la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (conforme arts. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional); vgr. Arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y

Políticos; 10.3º del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De las constancias de autos emerge que: a) todas las personas involucradas han tenido como norte el interés superior del niño a procrear; b) la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; c) uno de los integrantes de la pareja peticionaria ha aportado sus gametos; d) los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; g) la gestante ha parido cuatro hijos en su unión matrimonial; h) la gestante presta su vientre en forma libre, luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; i) existió una supervisión psicopedagógica de los futuros padres y de la gestante.

Esta mujer, "ser luminoso" (en siete artículos el Código Civil y Comercial designa como sinónimo de parir la que da a luz) que va a llevar adelante el embarazo, fue suficiente y plenamente informada sobre la situación que libremente aceptó, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos, no sufrió ningún tipo de explotación y va a posibilitar el tratamiento y control necesarios para que la transferencia embrionaria extracorpórea de uno de los integrantes de la pareja -padres intencionales- y posterior gestación se consagre positivamente.

En síntesis la mujer gestante obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su marido, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos, fines que son acordes a los requisitos que exigía el proyecto.

Ella junto con su marido en audiencia brindó explicaciones sobre la relación con los peticionantes, el debate entre todos los miembros de su familia, los recaudos que se tomaron y su firme intención de gestar un niño como guiño de amor

y solidaridad hacia sus amigos y fundamentalmente como acto ejemplificador hacia sus propios hijos.

La especialísima y única circunstancia en la existencia de ésta mujer, forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la mujer someterse a ésta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad.

Al respecto, la Corte Interamericana De Derechos Humanos sostuvo que la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. El mencionado tribunal ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, por tanto considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico ("Caso Artavia Murillo y otros. "Fecundación in vitro" vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, considerando 143).

Debe admitirse la existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso va a ser anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde uno de los integrantes de la padres "intencionales" aportará su esperma, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo.

La identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional, no son manifestaciones excluyentes, sino por el contrario, complementarias, ocurre que no es posible receptor esta multiplicidad filiatoria porque expresamente el Código Civil y Comercial rechaza la contingencia que una persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. (art. 558)

La sustitución gestacional o gestación por sustitución ¿perjudica a terceros, atenta contra el orden público, vulnera derechos del niño así nacido? ¿Hay un orden público absoluto que impide obrar a estas tres personas donde dos tienen la voluntad procreacional pero no pueden por impedimentos físicos y una mujer -futura gestante- que presta su vientre desinteresadamente para el logro del pleno desarrollo de los Derechos de libertad reproductiva y de conformar su propia familia ? o ¿por el contrario deben quedar relegados?

El Código Civil y Comercial incorpora definitivamente la legislación que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y expresamente indica que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (art. 402)

Ello supone el acceso para las personas del mismo sexo, a los beneficios asociados al matrimonio: de asistencia, alimentos, solidaridad, beneficios sucesorios, a la vivienda familiar, en la toma de decisiones médicas, etc, pero cuando el matrimonio está compuesto por dos hombres sus derechos a la progenitura está circunscripto a la adopción, lo cual restringe por discriminación indirecta, esto es por un comportamiento legal aparentemente neutro pero con resultado desfavorable en comparación con los derechos contemplados en la Constitución y tratados

internacionales de Derechos Humanos respecto del matrimonio unisexual de dos mujeres.

Además de los razonamientos precedentes, debe admitirse la presentación efectuada por la pareja que detenta la voluntad procreacional como una respuesta jurisdiccional encaminada a promover la igualdad de posibilidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a los hombres que necesariamente deben recurrir a la adopción cuando deberían gozar de idéntico derecho que las mujeres a la gestación por sustitución a fin de lograr su ansiada progenitura.

Existe inconstitucionalidad al no reconocer el Código Civil y Comercial la voluntad de los padres intencionales o comitentes que han expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado y por tanto desconocer que los niños nacidos por TRHA con el método de gestación por sustitución de vientre son hijos de quienes prestaron su consentimiento previo y debidamente informado

Es de toda evidencia que la subrogación con fines de lucro y la subrogación altruista no pueden ser analizadas en un mismo nivel ya que en éste último -como es el caso de autos- hay una dimensión ética atribuible a la solidaridad y cuidado entre los padres intencionales y la gestante que es imposible soslayar.

No estamos aquí frente a una suerte de esclavitud temporaria por nueve meses del Siglo XXI cuando el cuerpo y la función reproductiva de la mujer son utilizadas como mercancías, es decir cuando efectivamente “se alquila” el vientre ya que ello es contraria a la dignidad humana de la gestante, además de fomentar y reforzar las desigualdades entre quienes pueden financiar el proceso en el extranjero.. En el caso esta gestación se hace sin contraprestación alguna, por tanto no existe degradación de la dignidad personal y espiritual de esta mujer.

Al no estar contemplada específicamente la gestación por sustitución en el Código Civil y Comercial existe inconstitucionalidad por omisión

normativa, ello obviamente no puede implicar prohibición de la práctica; dicho de otro modo, no está reglada, pero de ningún modo es ilícita,

Hitter sostiene que: *“Los órganos jurisdiccionales locales —y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional— ejercitan el llamado control de constitucionalidad que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. En nuestro país ese deber reside en cada uno de los magistrados judiciales. Pero como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso “Corte IDH - Myrna Mack Chang vs. Guatemala - Sentencia del 25/11/2003 (voto del Juez Sergio García Ramírez)” el “control de convencionalidad”, lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo”.* (Hitter, J. Carlos “Responsabilidad del Estado por Violación de Tratados Internacionales”, Ed. LA LEY, 2007, p.875 y sgtes)

Fue en “Amonacid Arellano y otros vs. Chile” del 26/09/2006 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos -refiere por primera vez al control de convencionalidad- al sentenciar que *“Cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, sus jueces como parte del aparato estatal, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar para que los efectos de la convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objetos y fin”.* El poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que el mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención.

Es por ello, que: *“una consecuencia de la violación de las disposiciones supranacionales es la necesidad de adecuar o, lo que es lo mismo amoldar o adaptar, las reglas del derecho interno a los Tratados. Esto implica que si los preceptos domésticos y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas, y en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que corresponda. Estamos hablando del deber general de Estado de adecuación de las reglas domésticas (arts. 1.2 y 2 de la Convención)”*. (Hitter, óp cit)

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Codina Héctor c. Roca Argentina SA s/ Ley 23.551”, 11/12/2014, Fallos: 337:1403 (2014), reiteró el criterio sostenido en “Rodríguez Pereyra” Jorge Luis y Otra C/ Ejército Argentino S/ Daños Y Perjuicios” CSJN, 27/11/2012 (Fallos: 335:2333) y entendió: *“los tribunales nacionales no están impedidos de ejercer de oficio, el control de constitucionalidad, en la medida que los órganos judiciales de los países que ratificaron la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a ese tratado, resultando un contrasentido aceptar que la Constitucional Nacional, por una lado, confirió rango constitucional a esa norma, incorporó sus disposiciones al derecho interno y así, habilitó la aplicación de la regla interpretativa formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que obliga a los tribunales a ese control, y por otro lado, impide que aquellos ejerzan ese examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”*.

Por ello se recuerda que la Corte IDH caracteriza el control de convencionalidad como un control complementario al control de constitucionalidad; y tal vez lo más importante, en el sentido de que es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia. (Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca I., E. del C. - I., I. I. (querellantes

particulares) s/ rec. de casación c. auto interl. 33/17 - I., M. H. - les. graves 08/05/2018
Cita Online: AR/JUR/38090/2018)

En resumen, en el caso, bajo esa premisa debe ponderarse:

a. El principio de reserva consagrado por el art. 19 de nuestra CN. El principio de autonomía personal o de reserva o autorreferencia.

b. El derecho a que se respete la vida privada y familiar recogido en el marco jurídico internacional por los arts. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.

c. El derecho a fundar una familia. Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Nuestra Constitución Nacional expresamente establece: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla" (art. 42). Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1969).

d. El derecho a acceder a las TRHA. La ley 26.862 (Reproducción Médicamente Asistida Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida).

e.- autorizar la gestación por una mujer, no es ni más ni menos que respetar las directrices marcadas por la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos, en cuanto a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11, CADH), a la integridad personal (art. 5.1, CADH), a la libertad personal (art. 7.1, CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24, CADH) en cuanto al derecho de conformar una familia, la que juega un papel central conforme el art. 17 de la CADH (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 15/03/2018, LA LEY 2018-E -106).

Para la admisibilidad de un planteo de inconstitucionalidad es insoslayable que quien inste tal control alegue y acredite padecer un agravio o perjuicio, o inminencia de tal, derivado de la normativa puesta en tela de juicio y de la serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, derecho a la salud, a la dignidad, a la igualdad, al proyecto de vida de formar una familia, etc., que, conforme surge de la documental, de la prueba incorporada a la causa y el contacto directo con las partes involucradas (comitentes, gestante y su cónyuge) ello surge acreditado.

En definitiva el art. 562 del CCyC conculca concretamente esos derechos, configurado el recaudo de perjuicio constitucional actual, serio, grave y concreto por lo que el planteo de inconstitucionalidad merece ser acogido, a ello debemos aditar el 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (cfr. "Almonaciac Arrellano y otros y otros vs. Chile", 26/09/2006 párr. 124. www.corteidh.or.cr).

Desde una perspectiva de género la mujer que ofrece la gestación tiene derecho a la salud sexual y reproductiva y en ese sentido el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) expresa que *"el derecho a la salud sexual y reproductiva se basa en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre nacimientos, como a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. El acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Menciona el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referente al derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones"*. En igual sentido, el Consejo de Derechos Humanos de

la ONU, en su tercer informe "A/HRC/20/26 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 - 2000).

Por su parte, la voluntad procreacional también es un derecho humano por el cual la persona proyecta su deseo en una decisión, autónoma e independiente, de ser madre o padre, así y con una enfoque interdisciplinario se sostuvo: *“en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen obstáculos a su ejercicio”* y *“desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas”* (Gil Domínguez, La Voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13).

A su vez se concuerda en que los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos que consagra la Constitución Nacional. El Estado argentino tiene la obligación internacional (art. 31, CN; art. 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y art. 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—) de, entre otros,: 1) Respetar y garantizar el más alto nivel posible de salud sexual y salud reproductiva (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— y art. 10, ley nacional 23.311), 2) Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (art. 12, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y art. 10, ley nacional 23.179). (Juzgado de Familia de 5a Nominación de Córdoba V. A. B. y otros s/ solicita homologación • 25/04/2019 Cita Online: AR/JUR/9677/2019)

Paralelamente La CEDAW -aprobada por Ley 23179- y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la

Mujer (Belém do Pará, 1994, aprobada por Ley 24632), son instrumentos internacionales que precisan el contenido de la obligación de los Estados de garantizar a las mujeres, sin discriminación, el goce de todos sus derechos.

Luego la Ley 26485 de "Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus relaciones interpersonales" *representa un cambio de paradigma sostenido por toda una normativa que aborda la temática de la violencia de género desde una perspectiva más amplia de la que existía en la legislación nacional* (conf. Lloveras, Nora y Orlandi, Olga, La violencia y el género. Análisis interdisciplinario, ed. Nuevo enfoque jurídico, 2012, pág. 155).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) dictó el 14/07/2017 la "Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general 19".(http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en);

La CEDAW, en el art. 1º, precisa qué se entiende por "discriminación contra la mujer": "...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce, o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera...".

Esta norma, junto con el art. 5º de la mencionada Convención, compone parte del andamiaje central del corpus juris de derechos humanos de las mujeres, por ello entendemos que el Estado argentino al impedir que esta mujer geste voluntaria y debidamente informada como un derecho autónomo y derivado de la libertad de intimidad, constituye una forma de violencia como práctica que obsta al ejercicio pleno de los derechos humanos.

Bajo este entendimiento, la Resolución General 19 del Comité recomendó a los Estados partes, entre otros ítems, adoptar medidas respecto de los derechos y libertades sexuales y reproductivas. Y en la Resolución General 35, que actualiza la RG19, señala que en la actualidad la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer es un principio del derecho internacional consuetudinario y entre los puntos fundamentales señala que la noción de violencia incluye violaciones de derechos de salud sexual y reproductiva.

Por eso coincidimos en que *“si bien existen desde lo normativo convenciones, tratados internacionales, observaciones generales y recomendaciones de comités de los tratados con un despliegue de herramientas jurídicas para la defensa y promoción de los derechos humanos, lo cierto es que en los hechos muchas veces se deslucen esos cuerpos legales frente a prácticas sociales, institucionales o estatales (o a ausencia de ellas) que no responden a ese objetivo central: el respeto a la vida, dignidad, igualdad de género”* (Yuba, Gabriela. Un hito en la lucha contra la violencia de género hacia la mujer: la Recomendación General 35 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer DFyP 2018 (febrero) , 153)

En la comprensión que la disposición del art. 562 Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto propicia, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, se determina la filiación materna por ser la persona que dio a luz, es una configuración de violencia de género por afectar la libre determinación de su salud reproductiva, su integridad personal y su libertad personal cuando la mujer es gestante voluntaria de la inseminación artificial heteróloga en la cual el ovocito es donado por una donante anónima

Que de acuerdo a lo expuesto, la conformidad expresa de todos los involucrados, la legitimación activa de quienes accionaron, el asentimiento del cónyuge de la gestante, la Defensora General que representa complementariamente a los

hijos menores de edad de la gestante y su cónyuge y art. 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUELVO: 1.- Admitir la demanda y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad y la inconveniencia del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 2.- Autorizar a J. M. P. DNI N° y C. D. M., DNI N° como comitentes, y a Y. L. M., DNI N°, como gestante, a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, oficiándose al Instituto Gamma; 3.- Ordenar que el/a/s nacido/a/s de la TRHA —gestación por sustitución— será/n hijo/a/s de J. M. P. y C. D. M., disponiéndose que así se registre en toda documentación vinculada a la identidad del/a/o/s nacido/a/s, dejándose a criterio y decisión de los nombrados el orden de los apellidos con que serán inscriptos su/s hijo/a/s en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas, de conformidad a lo normado por el art. 64 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 4.- Disponer que J. M. P. y C. D. M., son los únicos autorizados para tomar cualquier tipo de decisión vinculada al retiro del/a/s nacido/a/s del establecimiento donde haya de tener lugar el nacimiento -una vez dada el alta médica correspondiente-; 5.- Hacer saber a J. M. P. y C. D. M., el compromiso de dar a conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s.; 6.- Ordenar al Instituto Gamma la obligación de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s/ niño/a/s.; 7.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Nadia Paula Parolin acuerdo a la labor desplegada (arts. 4, 5 y concs. Ley 6767) en VEINTISIETE MIL CIENTO TREINTA y CINCO PESOS c/ 68 cvos. (\$27.135,68) equivalente a 8 unidades jus; 8.- Los honorarios regulados deberán ser cancelados dentro de los treinta días corridos contados a partir de la fecha de notificación del presente. En caso de mora atento el dictado de la ley 27423 posterior al precedente “Municipalidad de Santa Fe c/ Bergagna Edgardo s/Recurso de

Inconstitucionalidad” expte. 578/11 del 01/08/2017, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, que evidentemente ha excepcionado los honorarios de los abogados entre otros, tanto de la prohibición de indexar de los arts. 7 y 10 Ley 23928 modificado por Ley 25561, como del mecanismo de conversión de las deudas de valor en deudas de dinero del art. 772 C.C y C, creando un régimen especial. La ley 27423 ideó un mecanismo similar al del art. 32 Ley 6767 y modificatorias, llamando a la unidad de medida de los honorarios UMA (Unidad de Medida Arancelaria), y en ambos casos es un porcentaje del sueldo de un Juez. Conforme el art. 51 Ley 27423, con un contenido análogo al art. 32 Ley 6767, los honorarios contemplados en ambas leyes cuentan con un régimen especial, que impone la cancelación con el pago de las unidades de medida contempladas en la ley, con independencia del momento en que la regulación adquiera firmeza. Si bien la ley 27423 está dirigida a las actuaciones en la justicia nacional-federal y como lo ha señalado la Corte en el precedente citado, las provincias conservan la facultad de dictar sus propias leyes arancelarias, es evidente que siendo la ley 27423 dictada por el Congreso Nacional que también sancionó las leyes 23928, 25561 y 26994, es claro que creó un régimen especial para los honorarios y en razón del principio de igualdad (art. 16 de la C.N) se concluye que las limitaciones a la actualización monetaria de la ley 23928 y la posible interpretación del art 772 C.C y C no son aplicables en esta materia en todo el país. Por tanto, bajo esa argumentación se admitirá la actualización en cuanto al equivalente a la misma unidad JUS aplicando una tasa activa equivalente al 12% anual desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago, todo ello conforme al antecedente “PRIASCO STELLA MARI C/PIERRI PABLO FACUNDO S/RENDICION DE CUENTAS Expte n° 268/2015) Auto n° 43 del 18/03/2019 de la Cámara de Apelación en el Civil y Comercial de Rosario Sala 4ta. Insértese y hágase saber.

Juez RICARDO J. DUTTO. Secretaria MARÍA CECILIA NAVEIRA