

R., T. S. Y S., S. C. Y D., R. P. S/ VENIA JUDICIAL

Trib.Coleg. Inst. Unica Civil de Fam. -4° Nom.

N° Rosario, de noviembre de 2022.

Y VISTOS: los presentes caratulados:

“R., T. S. Y S., S. C. Y D., R. P. S/ VENIA JUDICIAL” Expte. N° 3097/2022 de los que resulta que;

Mediante escrito cargo 23239 del 29 de

julio de 2022, el que es acompañado en copia debidamente firmando con escrito cargo 26625 del 18 de agosto de 2022, comparecen S., R. y T. y solicitan autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución por parte de T. en su calidad de gestante y S. y R. como madres intencionales; solicitan además que se ordene inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al niño/niña/s concebido/s como hijo de éstas últimas.

Como antecedentes fácticos, R. y S., relatan en primera persona que se conocieron en el año 2011 en casa de una amiga en común y que desde allí comenzaron a recorrer su camino juntas; que conviven desde noviembre de 2011 y que desde que comenzaron a planificar su vida juntas siempre estuvo el deseo de ser madres; que pasaron los años, investigando como podrían iniciar tratamiento; evacuando las dudas que surgen ante una decisión tan trascendental de su vida; a los 37 años de

edad empezaron los estudios, analisis y entrevistas; la decisión médica fue la que indicó que R. llevaría adelante el embarazo; fueron varios los tratamientos que debieron realizar con resultados negativos; por lo que pensaron en la ovodonación; inician ese tratamiento en diciembre de 2019, se realiza la transferencia el 8 de diciembre, con resultado positivo; iban pasando los controles; llega la pandemia en marzo de 2020 y se quedan en su casa, sin salir ni ver a nadie, continuando los controles del embarazo sin inconvenientes; se enteran que el sexo del bebe y empiezan a pesar en el nombre -C-.

El 30 de abril de 2020 festejan el día de

cumpleaños -ambas cumplen años el mismo día- y R. nota que tiene sus ojos hinchados, pensó que era algo normal del embarazo, el 12 de mayo consultó con su obstetra quien enterado de su presión arterial, le indicó que concurra a la clínica para control; fue al Sanatorio de la Mujer, su presión arterial estaba sin control, le diagnosticaron preeclamsia moderada a alta, internación prolongada; los médicos le explicaron que es una enfermedad que ataca inesperadamente; que en su caso fue muy precoz -en la semana 24 de embarazo- y que el bebe no alcanzaba a la formación de los órganos necesarios para nacer.; el 20 de mayo le realizan una ecografía que muestra como la enfermedad estaba afectandola a ella y al bebé; se decide ese día a las 5 de la tarde realizar una cesárea; tuvo síndrome de Help durante la cesárea, pudieron sacar la mayor parte de la placenta y detener el sangrado; alcanzó a ver el diminuto cuerpo de su hija que pesaba 600 gramos al nacer; la niña lucho 4 días hasta el 24 de mayo a las 11 hs. Refiere con tristeza y dolor, comenzaron a transitar el duelo, con sesiones con su psicóloga, fueron volviendo a sus actividades y a considerar nuevamente la idea de retomar su sueño.

En enero de 2021 se casaron, reafirmando que su

amor seguía manteniendolas unidas y empezaron a pensar en la adopción y en agosto

de 2021 se inscribieron en el R.U.A.G.A.

En el cumpleaños de una amiga en común

conocen a T., quien estaba al tanto de todo por lo que ellas habían pasado y les preguntó como

estaban respecto de la pérdida de C.; comenzaron a charlar, le comentaron sobre la nueva posibilidad que estaban analizando y que se estaban informando sobre gestación por sustitución; ahí es cuando T. les dice que a ella le gustaría formar parte de un proceso así. Algunos días más tarde, T. le envía un mensaje muy largo, donde les explica que ella ya lo había hablado con su pareja C., lo había pensado mucho, y que si ellas lo consideraban factible, ella quería formar parte del proceso como gestante en su tratamiento; lo recibió con mucha alegría, lo hablaron junto con S. y comenzaron a reunirse con T. y C., para conocer que motivaba a T. a tomar una decisión así; consultaron con el Dr. Morente e iniciaron todos los estudios necesarios.

Por su parte, T., en primera persona,

relata que nació en Rosario el 6 de julio de 1986 y que a los dos meses y medio de vida falleció su madre; dice que desde la adultez puede comprender muchas cosas, pero que pasó una infancia y adolescencia llena de maltratos físicos y psicológicos por parte de su padre y la mujer con la que eligió casarse.

Señala que hace referencia a su historia, porque uno puede elegir ser igual a quienes la criaron o elegir ser distintos; que ella eligió éste último y que desde la mitad de su vida en adelante lleva sanando dentro suyo todo el maltrato y desamor, eligiendo dar amor en todas sus formas. Destaca que por su experiencia de vida, si fuese madre no pondría su cuerpo a disposición para un procedimiento de ésta índole, debido a que una vida estaría dependiendo de ella. Al elegir no maternar, elige este camino y poder pasar por la experiencia; poner su cuerpo para dar lo que más desean a dos personas a quienes la vida no ha sido de lo más liviana es el acto más maravilloso que puede imaginar.

En coincidencia con lo relatado por S., y R., cuenta como se conocieron y que luego de charlarlo con su pareja C., le envió en mensaje a R..

Las presentantes refieren que asistieron a

diversas consultas con el Dr. Carlos Morente; que recibió el visto bueno para el tratamiento y que previo a solicitar la autorización, se hicieron todos los estudios médicos para determinar la aptitud física y psicológica para el tratamiento de reproducción asistida.

Acompañan copia del convenio privado que

suscribieron donde plasmaron su voluntad; así lo hicieron para patentizar que el camino elegido por las tres, es de elección libre y voluntaria; con cabal comprensión sobre las implicaciones familiares, médicas y legales que conllevará. Fundan su pretensión en la familia como

núcleo central de la sociedad y la tutela que la misma tiene en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (art. 23 P.I.D.C y P, art 10.1 P.I.D.E.S.C., art. 16.3 D.U.D.H., art. 6 C.A.D.H.); el parentesco y las nuevas formas de alcanzar el vínculo filial, y una nueva fuente para ello, cual es la voluntad procreacional; así como los conceptos de maternidad y paternidad; refiere como las TRHA impactan en los conceptos maternidad y paternidad, y la gestación por sustitución como forma de dar vida a un ser humano; señalando una evolución en el concepto de familia.

Que como fundamentos jurídicos de su pretensión

expresan que nuestra Constitución Nacional garantiza el principio de legalidad, en el sentido que lo que no está prohibido, está permitido; refieren que la Ley 26.862 es el instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser madre como parte del

proyecto de vida, desde un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad; hace referencia a la ley de matrimonio de personas del mismo sexo y su vinculación con el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida y la filiación; cita el fallo Artavia Murillo de la Corte IDH, en el cual la Corte declara responsable a Costa Rica por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar, a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y el principio de no discriminación, consagrados en los arts. 5.1; 7; 11.2 y 17.2 con relación al art. 1.1 de la C.A.D.H., expresando como esos

conceptos se aplican al caso de autos.

Continúa señalando el reconocimiento de la

voluntad procreacional como fuente de filiación en el C.C.C; señalando como la aplicación del art. 562 C.C.C., sin armonizarlo con los derechos de raigambre constitucional, puede constituir una discriminación en perjuicio de la mujer que por carecer de capacidad gestacional pero no genética, no se le reconozca su maternidad a pesar del vínculo biológico y de conformar su proyecto de familia. Señala que la omisión de regulación de la maternidad subrogada en el C.C.C., viene siendo subsanada por la jurisprudencia. Que continúa desarrollando sus fundamentos, expresando que el art. 562 del C.C.C., se halla inserto en el capítulo "Reglas generales relativas a la filiación por TRHA, las que transcribe, y postula la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 CCC en tanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante su consentimiento libre e informado, sino de la mujer gestante. Funda ampliamente su planteo, tanto en doctrina y jurisprudencia nacional como internacional. Finalizan solicitando se haga lugar a la autorización judicial solicitada con los alcances pedidos -inscribir al niño/s o niñas que nazca/n del procedimiento como hijo de S. y R.

Que a fs.75 y 76 obran las actas de audiencia

celebradas en autos, en los cuales las presentantes, ratificaron lo expresado en la presentación en autos.

Que mediante decreto del 18 de octubre de 2022 se

solicita a la presentantes aclaren respecto si el embrión por el cual solicita la autorización para su implantación se encontrará vinculado genéticamente con alguna de las presentantes.

Que mediante escrito cargo 35950 del 19 de

octubre de 2022 expresan que no tendrán vinculación genética con R o S.

Que los autos quedan en estado de ser resueltos.

Y CONSIDERANDO: En autos se presentan

T, S y R y solicitan autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución por parte de T en su calidad de gestante y S y R como madres intencionales; solicitan además que, se ordene inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al niño/niña/s concebido/s como hijo/a de S y R.

Al desarrollar los fundamentos de su petición, las

peticionantes exponen las razones médicas por las cuales ninguna de ellas podría gestar el hijo o hija de la pareja, para ellas, la única alternativa para procrear es la gestación por sustitución.

Para resolver la petición formulada en autos, deben

considerarse la tutela efectiva de varios derechos con jerarquía constitucional -ya que

se encuentran reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos incluidos en el bloque de constitucionalidad del art. 75 inc. 22 C.N.-, los que están fuertemente interrelacionados y nos permiten dar respuesta a la pretensión de autos, en defecto de regulación legal expresa (arg. Art. 1, 2 y 3 C.C.C.).

En primer lugar, considero importante destacar

que nuestro ordenamiento positivo reconoce el derecho a procrear. Este surge como consecuencia lógica de la autonomía personal, el derecho a la vida privada y la vida privada familiar; el derecho que poseen todas las personas capaces de poder elegir libremente lo que consideren su mejor plan de vida y adoptar las decisiones que, con ajuste a sus preferencias y valores, les permita desarrollarlo, teniendo como único límite el daño a terceros.

Este derecho se encuentra contenido en el

principio de reserva consagrado por el artículo 19 de nuestra C.N que implica que cada persona puede escoger el que considere “mejor plan de vida” para sí misma, aunque éste implique un daño personal. Sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan elegido. El ámbito de libertad personal implica la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, es decir es el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias convicciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación,

fundado en lo dispuesto por el art. 19 C.N., ha dicho “ Que cabe recordar que el resguardo de la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestionable tutela por parte de nuestra Constitución...” (Fa11os: 306:1892 y 329:5266, entre muchos otros). Se le reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros. Es decir, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos -incluso públicos- están protegidos por el artículo 19 C.N y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo. Debe primar un absoluto respeto sobre esa libre elección, aun cuando pueda parecer irracional o imprudente. Este criterio ha sido elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Bahamondez” y ratificado en el fallo “Albarracini”.

Los tratados internacionales de derechos humanos

prohíben toda injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de las personas (art. 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 11 Convención Americana de Derechos Humanos) entre los diversos ámbitos de la vida privada se encuentra la vida privada de sus familias. El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

Asimismo, debe considerarse que la protección del

derecho a la vida privada, va más allá de la privacidad, abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo la capacidad de desarrollar su personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales; desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.

La efectividad del ejercicio del derecho a la vida

privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que una

persona se ve a sí mismo y decide proyectarse hacia los demás y es una condición

indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

Un aspecto particular de la vida privada, es 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 . Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17, al expresar que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”. En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.

La Corte Interamericana de Derecho Humano en

el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica”, (fallo del 28 de noviembre de 2018) citando al Comité de los Derechos Humanos de la ONU, destaca que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. El comité de Derechos Humanos ha dicho que “El derecho a fundar una familia, implica en principio la posibilidad de procrear y de vivir juntos”.

El derecho a la vida privada se relaciona con la

autonomía reproductiva (que se encuentra expresamente reconocida en la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer art. 10, 11 y 16) que implica el derecho a decidir libre y responsablemente el número de los hijos y el intervalo de los nacimientos y tener acceso a la información, a la educación y a los medios que le permitan ejercer estos derechos.

El derecho a la integridad personal (art. 5

C.A.D.H) se halla también directa e inmediatamente vinculado con la atención de la salud, puesto que un adecuado acceso a las prestaciones de salud, es necesario para lograr una efectiva protección del derecho la integridad personal. Tal como señalara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Artavia Murillo vs Costa Rica”, la salud debe entenderse como estado completo de bienestar, mental y social, y no solo ausencia de afecciones o enfermedades. Dentro del concepto de salud, se encuentra incluida la salud reproductiva, definida ésta como un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de afecciones o enfermedades, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos; abarcando la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos; de procrear y la libertad de decir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Asimismo incluye el derecho de la mujer y el hombre a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad y acceso a medios eficaces, asequibles y aceptables, derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos y den las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

Los derechos reproductivos abarcan derechos

humanos reconocidos tanto en leyes nacionales -Ley 25.673, 26.862- como en instrumentos internacionales de derechos humanos y se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y de disponer de la información y de los medios para ellos y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; abarcando el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para satisfacer ese derecho (art. 15 P.I.D.E.S.C). Consagrar un derecho y no asegurar los recursos para garantizar el efectivo disfrute del mismo, equivale a la no existencia del derecho. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14 ha dicho que el derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en que momento, y tiene derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección. Conforme lo expresado, es indudable que las solicitantes S y R tienen derecho a procrear y fundar su familia, de forma tal que corresponde avocarse a su pretensión realizada en autos, en el sentido de utilizar la técnica de reproducción asistida gestación por sustitución, autorizándose la implantación un embrión en el útero de T y que se disponga que la/s persona o personas que nazca/n sea/n inscriptas como hija/s o hijo/ s suyos, reconociéndose su voluntad procreacional.

Conforme las

constancias acompañadas, la técnica propuesta es la única alternativa posible para concretar el derecho a procrear y fundar familia de las solicitantes en la forma elegida por ellas, atento el diagnóstico de contraindicación de embarazo para ambas, dada la edad materna avanzada con factores de riesgos asociados; una de las solicitantes padeció síndrome de Hellp.

Conforme lo señalara la Dra. Andrea

Brunetti - Jueza del Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario- en su resolución de fecha 5 de diciembre de 2017 (La Ley cita online AR/JUR/105404/2017)"... si bien la gestación por sustitución (maternidad subrogada, gestación por otro, maternidad disociada, gestación solidaria, etc.) no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional N° 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (sancionada el 5 de junio de 2013). En su artículo 2 dispone, "se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación", determinando la extensión de los beneficiarios en el artículo 7, el que reza: "Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer". Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1 y 2 Ley 26.529). De ello se deduce, que abarca "el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente —de distinto o igual sexo —que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo" [Krasnow, Adriana Noemí, Tratado de Derecho de Familia, 1ª ed., CABA, LA LEY, 2015, T. III, p. 76]. Además como consecuencia del reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria, incorporando al sistema jurídico las TRHA (art. 558 Cód. Civ. y Com. de la Nación), entre las que lógicamente se halla la gestación por sustitución, y así se desprende además de lo dispuesto por el art. 562 del referido cuerpo legal, armonizado ello en función de las reglas de reconocimiento constitucionales y convencionales conforme analizaremos seguidamente (art. 1 y 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación)."

Son numerosos los antecedentes

jurisprudenciales que se han expedido en igual sentido, remitiéndome al fallo arriba citado, que contiene un enumeración exhaustiva de tales antecedentes. Cabe señalar que comparto el criterio que

sostiene que no admitir la autorización para llevar a cabo la gestación por sustitución, constituye además una discriminación no tolerada por nuestro derecho. En efecto, se advierte que estando reguladas las técnicas de reproducción humana asistida no aparece razonable su exclusión. Que desde hace tiempo (fallo de fecha 16/10/2012 "M.M. Y OTROS C/IAPOS S/RECURSO DE AMPARO" Autos y Sentencias T° 246 pag. 222, que puede consultarse online en www.justiciasantafe.gob.ar cita N° 43053/12) , la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, ha dicho "...es dable recordar que la ley 25673 (Ley Nacional de Salud Reproductiva) tiene por objetivos "garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable" (art. 2.f); y que "el programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna" (art. 3). A lo que cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho a la preservación de la salud no debe sino ser apreciado desde una perspectiva amplia, en tanto remite a un concepto integral de bienestar psicofísico de la persona, que tiene a su vez una directa vinculación con el principio de dignidad humana, soporte y fin de todos los derechos (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos:316:479; 321:1684; 323:3229; 324:3569), sumado al hecho de que la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad." "En tal marco, se ha interpretado que la cobertura a dar a la salud reproductiva lo es tanto en su faz negativa (contracepción), como en su faz positiva (concepción), por lo cual deben cubrirse tanto los métodos anticonceptivos como -también las técnicas que aseguren la concepción (en el caso, las técnicas de fecundación asistida); lo que se ve reforzado con la sanción de la ley 26.485, que garantiza a la mujer el derecho a decidir sobre la vida reproductiva y número de embarazos. Sostener lo contrario llevaría a entender que el Estado sólo garantiza la

imposibilidad de concebir, pero no la opción por concebir; lo que sería tanto como afirmar que la Política de Salud Pública argentina con respecto a la concepción consiste en financiar todas las formas de evitar la fecundación, desde las más simples hasta las más costosas operaciones, pero no se costean los tratamientos de asistencia a la fecundación. En consecuencia, de la misma forma en la que se protege y financia económicamente la libertad de no concebir, mediante el pago de todo tipo de tratamientos anticonceptivos, debe -también garantizarse el derecho a concebir cuando ello no es naturalmente posible. Y no es ocioso remarcar que existe una íntima relación entre el derecho a constituir una familia y el acceso a las técnicas de fecundación asistida, pues si los miembros de la pareja estéril no tienen posibilidad de que su sistema de cobertura de salud les proporcione el acceso a la técnica de fecundación asistida, la paternidad y la maternidad quedaría reservada en tales supuestos a quienes cuentan con los medios económicos y sociales que les permiten costear los tratamientos, lo que constituye una limitación al derecho a la vida familiar y a la procreación en razón de las condiciones económicas, que resulta arbitraria y, por lo tanto, jurídicamente inaceptable. En relación con lo cual se ha hecho alusión al derecho a no ser discriminado, considerando que constituye una eugenesia económica reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento. Es que cuando la realización de derechos humanos reconocidos (como el de la dignidad humana, el acceso a la vida familiar, la no discriminación y la equidad) dependen de la provisión de un tratamiento de salud en particular (en autos para responder a una infertilidad), los Estados (y también las empresas de salud) están obligados a brindar estos tratamientos y a garantizarlos. No resultando suficiente, para denegar la cobertura, el hecho de que el tratamiento de fertilización asistida no haya sido reglamentado específicamente, si el derecho al tratamiento surge de las leyes antes mencionadas y de normativas constitucionales de rango superior. De admitirse lo contrario, la falta de reglamentación impediría el acceso al tratamiento que permite dar eficacia al derecho a la salud sexual y reproductiva (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 29/04/2010, "L. P., M. C. y otro c. O.S.D.E.", La Ley Online AR/JUR/28217/2010)".

Que el art. 562 C.C.C dispone: "Voluntad

procreacional: Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dió a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, libre e informado en los términos de los art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos".

Que la mencionada disposición legal constituye

un obstáculo para el goce de los derechos de los que son titulares R y S, más arriba detallados, en cuanto impide inscribir a la persona o personas que nazcan como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida como hija/s o hijo/s de las solicitantes, dado que por las razones médicas expresadas, ninguna de ellas "dará a luz" a la/s persona/s que nazcan, aún cuando ambas han expresado su voluntad procreacional.

Que corresponde en consecuencia, declara la

inconstitucionalidad del art. 562 C.C.C. y en consecuencia, su inaplicabilidad al caso de autos.

Que T ha comparecido en autos y

ha expresado -libre e informadamente- su voluntad de llevar adelante la gestación del embrión y/o embriones respecto del cual las Sra. S y D han expresado su voluntad procreacional, dejando indudablemente expresado que ella no cuenta con voluntad procreacional, no desea ser madre sino solamente asumir el rol de "gestante". Su voluntad fue ratificada ante la suscripta -Acta de fs. 75- .

Que tal como lo expresa Mariano Beltran en

"Artefacto culturales y mandatos de género en gestación por sustitución..." (La Ley AR/DOC72360/2022) "...la gestación por sustitución rompe los artefactos culturales y los mandatos de género en torno a la gestación y a la maternidad... Gran parte de la oposición a la gestación por sustitución viene por no asumir que las mujeres que gestan para otras personas rompen con los mandatos de género y obligan aun replanteo de los artefactos culturales en torno a la gestación y

maternidad. Sin embargo, desde algunos feminismos se afirma que ésta práctica no hace otra cosa que reforzar el rol de la mujer como paridora e inevitablemente cosifica y la marca como un objeto...” Más adelante el autor se pregunta...”No es acaso la pertinacia en silenciar a las mujeres y anular sus vidas y su conocimiento lo que define completamente la cultura androcéntrica en cuanto al reparto del poder en lo público? No es una estrategia violenta señalar como malas mujeres a aquellas que disienten en el concepto clásico de materner?...Buena parte del feminismo materialista y la totalidad de los sectores conservadores de la sociedad censuran las voces de las mujeres que gestan para otras personas, las cancelan...” “Es peligroso asumir que el poder tiene la potestad -o la obligación- de señalar modelos de familia válidos o erróneos sobre todo porque la maternidad y la paternidad, como la familia, es una construcción cultural, no un destino biológico de imposible escapatoria. Querer controlar desde las instancias del poder los cuerpos, las vidas y los deseos de las mujeres nunca fue una estrategia feminista; presumir que el consentimiento de la mujer está siempre viciado ha sido históricamente un argumento patriarcal para impedirles salir del lugar de opresión: cuando desde el poder se insiste en enturbiar la capacidad de las mujeres para consentir se las relega a una situación de indefensión estructural. Cuando el estado se comporta como “padre” o como “marido” para la mujeres, la narrativa de estas sobre sus propios destinos se trunca, se vicia. Asumir que las mujeres tienen capacidad de consentir -con información exhaustiva sobre los procesos que se llevan a cabo- es asumir de hecho que se sitúan en un lugar epistémico sólo decididos por ellas, sin que la otrredad- y los mandatos de género- marque sus cuerpos.”

Que en el caso, T compareció ante

la suscripta y -más allá de los informes psicológicos acompañados- expresó claramente sus motivaciones para participar en el procedimiento de gestación por sustitución; se explayó sobre su proyecto de vida y su decisión de no materner; ratificó su voluntad de gestar para R y S. No albergo duda alguna que lo expresado por T es su voluntad y que la decisión que expresa es libre y una manifestación de su autonomía personal, que ha reflexionado sobre su decisión y para ello ha cuenta con información precisa.

Que indudablemente en autos se ha acreditado

que sólo R y S cuentan con voluntad procreacional y que T sólo cuenta cuenta con voluntad para llevar adelante la gestación.

Que en función de las pautas interpretativas

emergentes de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, previo a establecer si una norma es contraria al orden constitucional o a los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República es parte corresponde ponderar si la norma infraconstitucional puede ser interpretada conforme a aquellas normas constitucionales, convencionales o emergentes de los tratados

internacionales, con especial referencia a los tratados de derechos humanos receptados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional; solo cuando dicha interpretación no se logra corresponde recurrir a la declaración de inconstitucionalidad o de anticonvencionalidad, pues siempre debe estarse en favor de la validez de las normas (Fallos: 14: 425; 147: 28 6).

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha

sostenido, reiteradamente como también reiteradamente se ha citado, que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, eso es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que operan plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (Fallos 314: 424, entre otros), señalando también que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico. Que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, o de alguna de sus partes, constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad (Fallos:300:1088; 302:1149; 303:1709 y 315:923); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocada

(Fallos:315:923; 322:1356).

Que al analizar la tacha de inconstitucionalidad de una

norma, resulta insoslayable considerar que el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad para, en el ejercicio de su prudencia legislativa, disponer la composición de bienes que estime más adecuada a las finalidades que persigue y que es deber republicano primario de los jueces respetar la ponderación vigente que ha realizado el legislador; ello es así en la medida que no implique un arbitrario menoscabo a los derechos humanos. Si ello se verifica -como ocurre en el caso de autos en el cual el derecho a procrear y formar la familia en la forma elegida de R y S se ve totalmente avasallado- la labor de adjudicación judicial no puede sino concluir en un juicio de incompatibilidad constitucional, motivo por el cual corresponde declarar su inconstitucionalidad y por tanto su inaplicabilidad al presente caso, ello en virtud que , la inflexibilidad de la norma , impide un interpretación conforme con los derechos garantizados por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella.

Que por lo expresado, y conforme las

circunstancias de autos, arribo a la convicción que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 CCC en cuanto dispone que el o los nacidos como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida que se autorizará en autos -implantación de uno o varios embriones logrados con gametos donados -ovodonación y donación de esperma- a requerimiento de R y S en el útero de T, para su gestación- será o serán inscriptos como hija/s o hijo/s de R y S, quienes han prestado su consentimiento libre e informado, previo a la realización de la práctica.

Que por los fundamentos expuestos,

RESUELVO:

1.- Hacer lugar a la demanda, autorizando la realización de la transferencia embrionaria para gestación por sustitución por parte de T en su calidad de gestante y de R y S como progenitoras intencionales. 2.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 C.C.C. En cuanto dispone que el o los nacidos como consecuencia de la práctica autorizada será/n hija/s o hijo/s de quien lo de a luz; disponiendo que la/s persona/s que nazcan como consecuencia de la práctica autorizada, será/n inscripto/s como hija/s o hijo/s de R y S, quienes han prestado su consentimiento libre e informado para ella 3.- Oficiar al Registro Civil y de la Capacidad de las Personas, a fin que proceda a inscribir el consentimiento informado de todos los intervinientes en la practica, junto con la presente resolución.

Insértese y hágase saber.

DRA. ANA CLARA REBOLA DRA. ALICIA ANA GALLETTO Secretaria Jueza