

San Miguel de Tucumán, 27 de mayo de 2019

AUTOS Y VISTOS: Para resolver los presentes autos caratulados "M. I. M. DE LA P. Y G. F. J. s/ AUTORIZACION JUDICIAL". EXPTE: 9965/18.-

RESULTA

A fs. 5/14, se presentan la Sra. I. M. DE LA P. M., DNI: y su esposo el Sr. F. J. G., DNI: , ambos argentinos, mayores de edad, con domicilio en Sector 9, Manzana 2, Casa 25 (calles Benito Macías y Leandro Díaz), Lomas de Tafí, Tafí Viejo, Tucumán, y constituyendo domicilio a los efectos legales en casillero de notificaciones N° 3047 de su letrada patrocinante Dra. M. FLORENCIA SANNA, solicitan autorización judicial para la implantación de sus embriones en el vientre de la Sra. M. NA P. C., DNI: , argentina, mayor de edad, con domicilio en B° AGET, Block 7, 1° Piso, Depto. 4, de esta ciudad. Asimismo, solicitan que oportunamente se ordene la inscripción del niño o niña que de dicha práctica nazca, en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, a nombre de los actores, librando el correspondiente oficio al Sanatorio Modelo, a los fines que tome los recaudos respectivos.-

Manifiestan que la autorización solicitada es un requisito para realización del procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad (subrogación de vientre) en el Centro de Medicina Fetal y Genética Fertilia, sito en Andrés Villa N° 51 de la ciudad de Yerba Buena; que la Sra. C., se ofreció como portadora y gestante, prestando su consentimiento para someterse a la técnica mencionada, a partir de óvulos y esperma aportado por los peticionantes; que estos últimos, se encuentran casados desde el año 2012 y que desde esa fecha,

han transitado situaciones dolorosas en la búsqueda incansable por ser padres; que perdieron una hija (ANA SOFÍA), de 32 semanas, que murió a los 4 días de vida por su condición de isoimmunizada (enfermedad de Rhesus) y un hijo/a de 12 semanas en el año 2017; que realizaron numerosas consultas y estudios médicos en Tucumán y Buenos Aires, hasta que la Sra. M. fue diagnosticada con Intolerancia Rhesus, lo que provoca anemia fetal en los fetos de diferente grupo factor de sangre; que esto es causa de aborto, muerte intrauterina o síndrome hemolítico del recién nacido; que aún cuando la mamá siguiera un tratamiento paliativo en Buenos Aires para tratar esta enfermedad (inyecciones de gamaglobulina y transfusiones de sangre intrauterina), luego del nacimiento del bebé, éste tendría que someterse a sesiones de lámpara, exanguinaciones y transfusiones de sangre durante el tiempo que sea necesario para tratar su anemia; que I. padece de trombofilia adquirida, que es una sobrecoagulación en la sangre, lo cual impide alimentar al feto por la placenta; que ello resulta un agravante para su situación, ya que se vería impedida de realizar las transfusiones intrauterinas detalladas; que en resumen, no es una persona apta para sostener un embarazo que no implique riesgos para su salud y la del bebé; que frente a esta situación, comenzaron a buscar alternativas, informándose, asesorándose e investigando sobre la gestación por sustitución; que habiendo comentado el tema en su lugar de trabajo, la Sra. C. se ofreció a gestar al bebé, sin pretender retribución económica alguna; que con posterioridad, la gestante lo conversó con su cónyuge y sus hijos, mostrándose todos de acuerdo con tal decisión; que la nombrada, tiene plena capacidad, está debidamente informada, goza de buena salud física y psíquica y no desea ejercer la maternidad nuevamente; que la Sra. C. siempre tuvo la idea de ayudar a otras personas gestando un bebé, debido a su excelente experiencia en sus propios embarazos; que este es un acto solidario para ayudar a otra familia; que frente a ello, las partes decidieron realizar un contrato de subrogación de vientre para regular sus derechos y obligaciones; que

la situación suscitada, ha sido compartida además con G., de 13 años de edad, quien es hijo de la anterior pareja de I. y que vive con los accionantes; que tienen todas las condiciones necesarias para ser padres, contando con medios personales y materiales para ello.-

Expresan que en nuestro país, se encuentra regulado el uso de técnicas humanas de reproducción asistida (THRA), resaltando la relevancia de la voluntad procreacional como elemento central y fundante para la determinación de la filiación; que en virtud del principio de legalidad, la gestación por sustitución no se encuentra prohibida en nuestro país (Art. 19 C.N); que la práctica detallada, tiende a formalizarse mediante un acuerdo por el que una mujer -la gestante-, acepta someterse a las TRHA a favor de una persona o pareja comitente, por el cual la primera se compromete a entregarles a los segundos el niño o niña por nacer; que se emplean gametos para fecundar óvulos de la propia mujer gestante o de una tercera mujer (donante), a los efectos de implantarlos en la primera; que de acuerdo a la doctrina de Artavia Murillo (CIDH), se satisface el derecho de los peticionantes de acceder a los beneficios de la ciencia y de construir su proyecto de vida; que en el presente caso, se trata de un gestación por sustitución y no una maternidad por sustitución, en cuanto la gestante no será madre genéticamente, ya que el niño o niña llevará la carga genética de los progenitores intencionales; que no existe en la gestante voluntad procreacional, vínculo genético o amor filiar; que el procedimiento médico debe ser realizado con urgencia; que los peticionantes asumen el compromiso de informar al hijo o hija sobre su origen gestacional, en oportunidad de adquirir edad y madurez suficiente; que se deberá advertir al Sanatorio Modelo, que en los certificados de nacimiento deben constar las huellas de los actores, aportantes del material genético correspondiente, siendo estos los únicos autorizados a llevarse el bebé; que en caso de proceder de manera contraria a lo detallado precedentemente, se generaría indeterminación

y falta de certeza respecto de la identidad del niño o niña y una inscripción de nacimiento que no se corresponde con la voluntad procreacional expresada; que lo que pretenden, es garantizar la tutela judicial efectiva, inmediatez, oficiosidad; oralidad, etc.; que la gestante está realizando un acto altruista, de manera que los accionantes puedan concretar su deseo de ser padres.-

Adjuntan prueba documental y ofrece prueba testimonial. Citan doctrina y jurisprudencia que estiman aplicable al caso.-

A fs. 18/20, se agrega acuerdo de gestación por sustitución celebrado entre la Sra. M., el Sr. G. y la Sra. C..-

A fs. 21/24, se acompaña informe de la institución Fertilía, en la cual se hace constar que para la realización del procedimiento de Reproducción Humana Asistida de Alta Complejidad, es imprescindible contar con la autorización judicial, de acuerdo a las Guías Prácticas sobre Gestación por Sustitución en Argentina. Asimismo, se adjunta resumen de historia clínica de la pareja M.-G..-

A fs. 25/26, se acompaña acta de matrimonio de los accionantes y de nacimiento del hijo de la Sra. M., de nombre G. GIMENEZ M., DNI: 45.513.842, respectivamente.-

A fs. 27/65, se adjuntan informes médicos de la Sra. M..-

A fs. 66/69, se agrega copia de nota periodística relativa al procedimiento de gestación por sustitución.-

A fs. 70/71, se acompañan cartas documentos cursadas por la Sra. M. a obra social y su contestación.-

A fs. 85, rola acta de audiencia celebrada en 20/11/2018, a la cual concurrieron la Sra. M. y el Sr. G.; ambos con patrocinio letrado de la Dra. FLORENCIA SANNA; la Sra. C. y el Sr. MOLINA, ambos con patrocinio letrado de

la Dra. CARLA GARCÍA LÓPEZ; el Dr. DIEGO RAMÓN LÓPEZ OSA, médico de la Clínica Fertilia; el Lic. GERARDO BEMSCH del Gabinete Psicosocial del Poder Judicial y el Dr. LUIS CARBONETTI, del Cuerpo de Peritos Médicos del Poder Judicial.-

A fs. 89, se agrega acta de matrimonio del Sr. MOLINA y C..-

A fs. 101/102, se adjuntan informe psicológico y psiquiátrico de la Sra. C..-

A fs. 106/108, se agrega informe social realizado en el domicilio de la pretensa gestante, sito en B° AGET, Block 7, 1° Piso, Depto. 4 de esta ciudad.-

A fs. 110/11, se acompaña informe social realizado en el domicilio de la Sra. M. y el Sr. G., sito en Sector 9, Manzana 2, casa 25, Lomas de Tafí.-

A fs.113/116, se producen las pruebas testimoniales ofrecidas.-

A fs. 121/124, emite opinión el Sr. Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de la II Nom. Dr. SILVIO MAZA VILLALBA, quien estima *“...solicitar la inconstitucionalidad y la anticonvencionalidad del art. 562 del C.CyC.N”*, al considerar que esta norma implica una barrera para el ejercicio de derechos humanos fundamentales, reconocidos en los instrumentos internacionales de máxima jerarquía jurídica. Asimismo, considera que *“...es preciso establecer que cuando nazca el niño, el mismo pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores, conforme la manifiesta expresión de voluntad”*.-

A fs. 126, dictamina la Sra. Fiscal Civil de la II Nom. Dra. EMMA GARCÍA DE SAIN, quien considera que puede declararse la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del C.CyC.N, para el caso concreto de gestación por sustitución.-

A fs. 128, se practica planilla fiscal, la cual es repuesta a fs. 129.-

A fs. 131, pasan los autos a despacho para resolver y;

CONSIDERANDO

1.- Delimitación de la cuestión a resolver.-

Se trata de resolver el pedido de autorización formulado por la Sra. I. M. DE LA P. M., DNI: 26.400.130 y su esposo el Sr. F. J. G., DNI: 27.017.450, para la implantación de sus embriones en el vientre de la Sra. M.NA P. C., DNI: 27.232.418, así como la determinación preventiva de la filiación del niño o niña que de dicho procedimiento nazca, en cabeza de los accionantes, sin vinculación jurídica alguna con la gestante.-

Por su parte, el Ministerio Público Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de la II Nom., solicita la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del C.CyC.N, al considerar que esta norma implica una barrera para el ejercicio pleno de derechos humanos fundamentales, reconocidos en los instrumentos internacionales de máxima jerarquía jurídica. Esta opinión es compartida por la Sra. Fiscal Civil en su dictamen.-

La autorización judicial, se solicita con anterioridad a la práctica médica, es decir, que se pretende con carácter preventivo –como un requisito impuesto por la institución de salud en virtud de normativa administrativa-, contar con certezas sobre la legalidad del misma, de manera de no avanzar en este procedimiento, sin tener garantías de que el niño o niña que nazca, sea emplazado como hijo o hija de los accionantes y no de la gestante, quien no tiene voluntad de ser madre.-

La práctica consiste en la implantación de un óvulo fecundado con material genético del matrimonio M. – G., en el vientre de la Sra. C., persona que no mantiene parentesco con los actores, y si una relación de afectividad. La TRHA se establece como único mecanismo posible para poder engendrar un niño o niña con la carga genética de los comitentes, en atención a la condición de salud reproductiva de la Sra. M.. Por su parte, de acuerdo a los elementos arrojados a la presente causa, la Sra. C. ha expresado su consentimiento libre e informado para la realización del procedimiento, con debido asesoramiento profesional; su esposo, el Sr. SEBASTIÁN MOLINA, ha prestado conformidad con la misma; y los hijos del matrimonio, MAURICIO SEBASTIÁN MOLINA, DNI: 43.498.729 y FACUNDO TOMÁS MOLINA, DNI: 49.916.901, de 17 y 12 años de edad, respectivamente, conocen las circunstancias aludidas.-

Se adjunta en autos, un “*acuerdo de gestación por sustitución*”, en el cual se detallan: **a.-** los antecedentes del mismo, es decir, la situación de salud de la Sra. M. y la relación de los comitentes con Sra. C.; **b.-** el consentimiento de las partes, aclarando que se trata de una “*gestación por sustitución*” y no una “*maternidad por sustitución*”, en cuanto el material genético es aportado por los padres intencionales y no por la gestante; **c.-** el alcance de la expresión “voluntad procreacional”, entendida como “...*el deseo de convertirse en padres de un niño/a asumiendo su cuidado, su protección, educación, formación y desarrollo en forma integral*”; **d.-** la voluntad de la gestante de no asumir el rol materno y solo posibilitar el embarazo, con una finalidad altruista hacia los actores y sin recibir ninguna contraprestación; **e.-** los deberes de las partes antes de la realización de la TRHA, durante el embarazo y con posterioridad al nacimiento, entre ellos, el compromiso de entrega del niño o niña a los padres intencionales desde el momento del parto; **f.-** el consentimiento de la Sra. C. y de su esposo para que la inscripción del niño o niña se realice a favor de los accionantes, renunciado así a

todo vínculo jurídico con la persona que de esta práctica nazca; **g.-** el compromiso del los padres intencionales de brindar información al niño o niña sobre su origen, de acuerdo a la edad y capacidad progresiva del mismo.-

A los fines de una exposición ordenada, me expediré sobre las siguientes cuestiones: **I.- La procedencia de la autorización de la práctica de la TRHA; II.- La determinación preventiva de la filiación del niño o niña que de dicha práctica nazca; III.- La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del C.CyCN; IV.- El rol del Juez en casos que exceden el mero interés de las partes y tienen trascendencia social, en especial en la Defensa de DDHH de grupos en condición de vulnerabilidad.-**

2.- La gestación por sustitución.-

El art. 558 del C.CyC.N, incorpora como fuente de filiación a las TRHA, de manera independiente a la naturaleza y la adopción. Se basa en la voluntad procreacional, es decir, que resulta independiente del dato genético, tomando relevancia el elemento volitivo de aquellos que pretenden ser padres, de asumir los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental.-

Las TRHA, son procedimientos realizados con asistencia médica, tendientes a lograr un embarazo, que implican el uso de la tecnología y avances científicos a los fines descriptos. Las mismas, se encuentran reguladas por la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida.-

Estos procedimientos, han posibilitado que aquellos que por diferentes motivos no pueden por vías naturales gestar hijos, hayan accedido a tal posibilidad, formando así nuevos núcleos familiares desde un enfoque pluralista y diverso. Desde este punto de vista, se considera que el acceso a las TRHA es un

derecho fundamental, ya que garantiza tutela judicial efectiva del derecho a procrear, frente al cual el estado es sujeto pasivo. En otras palabras, las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana.-

Se solicita entonces una autorización para la realización de una gestación por sustitución, que es una especie dentro de las TRHA. El concepto, trasunta la noción de “subrogación”, entendida como reemplazo, y en el caso significa poner una persona en lugar de la otra: Una mujer reemplaza a otra en el proceso de gestación de un niño o niña, cuando esta última se ve imposibilitada de hacerlo, en el presente caso, por razones de salud. Ello implica un apartamiento del principio de raigambre romanista *“mater semper certa est”*, por el cual la maternidad se determina por el parto. Como se ve, estamos frente a una figura jurídica compleja.-

La gestación por sustitución, ha sido definida en el proyecto de Ley N° 5700-D-2016 de Gestación Solidaria, como un *“tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad que consiste en el compromiso que asume una persona llamada “gestante”, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja, denominada “comitentes”, sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la gestante, sino únicamente de pleno derecho con el/la o los/las comitentes”*.-

Se disocian la maternidad de la gestación y se toma la voluntad procreacional como elemento determinante a los fines del emplazamiento filiatorio. La configuración de la identidad depende de la voluntad de los comitentes y de la gestante, quienes por medio de una convención, establecen que el niño o niña que nazca será hijo de los primeros y no de la segunda, sin perjuicio de las previsiones del art. 562 del C.CyC.N.-

Existen diferentes modalidades de gestación por sustitución. El elemento común de todos ellos, es la privación de su condición de madre a la mujer que da a luz, y su atribución a otras personas, en función de su voluntad procreacional. Puede clasificarse en función de la onerosidad o gratuidad, según la existencia de ánimo de lucro o no en la gestante, es decir, si recibe compensación económica o bien tiene un fin altruista. También, se distingue según el material genético aportado: así, será “tradicional” si la mujer gestante aporta además el material genético, y gestacional, cuando este último pertenece a la pareja comitente o bien de terceras personas.-

Se debe considerar, que el anteproyecto de C.C.yC.N regulaba el instituto de la gestación por sustitución, el cual luego del proceso legislativo, fue descartado, con el argumento que la cuestión ameritaba mayor consenso social. Sin entrar en un análisis sobre los motivos de la modificación descrita, lo cierto es que nuestro país ha mantenido una postura abstencionista sobre la cuestión debatida, lo que no implica que necesariamente se encuentre prohibida.-

En el anteproyecto referido, se establecían los requisitos para su procedencia, consistentes en la homologación judicial previa a la práctica del procedimiento, del consentimiento médico informado y/o de los convenios que en tal sentido se celebren, a los fines de controlar la legalidad y el cumplimiento de los requisitos legales establecidos. Se prescribían además, los efectos del procedimiento en relación al niño o niña que de allí nazca, de manera de eliminar la situación de incertidumbre en relación a su estado filial, nombre, nacionalidad y otros atributos de la personalidad.-

3.- La procedencia de la autorización solicitada.-

En este estado de la cuestión corresponde adentrarme en el análisis sobre la procedencia de la autorización solicitada por los actores, para la realización de la TRHA detallada ut supra.-

El primer fallo que admitió el instituto en nuestro país, fue “N.N o D.G.M.B.M s/ inscripción de nacimiento”, de fecha 18/06/2013, dictado por el Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Civil Nº 86. A partir de allí, numerosos antecedentes judiciales han sido coincidentes con este criterio, es decir, que existe una línea jurisprudencial clara en torno a su admisibilidad, a pesar de no encontrarse regulado en el C.C.yC.N. En la mayoría de los casos, se han referido a “hechos consumados”, es decir, cuando la práctica ya se ha realizado y se pretende que la inscripción del niño o niña se haga a favor de los comitentes. En todos los casos, solo se ha admitido cuando no se persigue un fin de lucro, es decir, cuando no hay aprovechamiento de situación de vulnerabilidad de la mujer gestante y se han acreditado intenciones solidarias y humanitarias.-

Entiendo que, de acuerdo a las probanzas arrimadas a la presente causa, se encuentran cumplimentados los requisitos para proceder a la autorización solicitada. Las partes han acudido al órgano jurisdiccional, con el objeto que desde el Estado, se realice un control sobre el procedimiento que desean realizar, resguardando no solo los derechos de los padres intencionales, sino también de la gestante, verificándose que el consentimiento sea libre e informado y no se encuentre viciado por su condición de vulnerabilidad.-

En efecto, tal como surge del acuerdo de gestación por sustitución acompañado a fs. 18/20, suscripto por los padres intencionales, el matrimonio M.-G., la Sra. C. y su esposo el Sr. MOLINA, las partes han convenido realizar la práctica, consistente en que la gestante acepta someterse a la TRHA, reconociendo que no se trata de una maternidad por sustitución sino una gestación por sustitución, es decir, que acepta que la implantación en su cuerpo,

de embriones conformados por material genéticos de los accionantes, renunciando a todo vínculo jurídico con el niño o niña que nazca.-

La voluntad procreacional, queda expresada en el convenio aludido, sin perjuicio de la suscripción del consentimiento previo, informado, libre formal, conforme se encuentra regulado en el art. 561 y 562 del C.CyC.N, de acuerdo a lo detallado en el acápite “ANTECEDENTES” del instrumento mencionado.-

En cuanto a la gestante, se trata de una mujer mayor de edad, que tiene plena capacidad, y en uso de sus facultades, toma una decisión libre e informada, tanto por el personal de la clínica, por profesional psicólogo, por efectores del Poder Judicial y asistida por asesor letrado. Conoce los riesgos e inconvenientes del procedimiento al cual se somete, y accede al mismo, limitando voluntariamente sus libertades individuales a los fines de alcanzar el objetivo previsto. Este consentimiento es irrevocable, en virtud del principio de los actos propios, lo cual es de singular importancia, ya que la presente establecerá los efectos de manera preventiva, sobre el emplazamiento filial del niño o niña que de allí nazca.-

Se destaca además, que la misma se encuentra en condiciones psíquicas de brindar su consentimiento para esta práctica compleja. Ello resulta evidente de las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas practicadas a la gestante.-

A fs. 101, se expresa en relación a la Sra. C. que: *“Las funciones cognitivas básicas se encuentran conservadas. Criterio de realidad ajustado... se infieren mecanismos de defensa con predominio de la racionalización y justificación. Presenta capacidad de reflexión y autoreflexión, capacidad de análisis y comprensión, yo permeable a las sugerencias y aprendizajes...”* (informe psicológico elaborado por el Lic. GERARDO BEMSCH).-

En el mismo sentido, a fs. 102 rola informe del médico psiquiatra del Cuerpo de Peritos Médicos del Poder Judicial Dr. LUIS CARBONETTI, quien manifiesta en relación a la evaluada que: *“... sobre la decisión de gestación por sustitución, la Sra. C. relata que fue durante una reunión en el lugar de trabajo, escena donde la Sra. M. I. M. DE LA P. relata sus situaciones de dificultad para quedar embarazada y ella se ofrece a tal fin. La Sra. C. refiere ser compañera de la Sra. M. desde hace 15 años, sin referir un lazo de amistad íntimo. Se indaga sobre las repercusiones que tuvo su decisión en el orden familiar, y refiere que su hijo de 17 años manifestó temor de que algo le suceda a su madre en el orden de la salud. Su hijo de 11 años no está muy informado de la situación... De lo evaluado al día de la fecha, la Sra. C. NO evidencia alteración psicopatológica alguna, conserva juicio de realidad. En lo referido a la gestación por sustitución, es opinión de este perito que la Sra. C. realice una evaluación con profesional de la salud mental, con orientación psicoanalítica, que le permita poner en reevaluación la decisión tomada por ella, y en caso que pueda lograr tal cometido , que ese espacio sea el que acompañe en el proceso...”.-*

Es decir que, más allá de las razones estrictamente personales de la gestante para acceder a la práctica mencionada, la misma se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, por lo que el consentimiento brindado, en condiciones de verdadero acceso a la información, resulta plenamente válido a los efectos de la autorización solicitada. Frente al derecho de la Sra. C. a decidir sobre su propio cuerpo, el estado tiene un deber de abstención, por lo que no debe indagar en las razones personales de la misma, siempre y cuando la decisión haya sido tomada con absoluta libertad.-

Por lo demás, se encuentra acreditada la finalidad altruista y solidaria de la gestante, en especial a partir del contacto directo de la misma con esta Proveyente, en la audiencia de fecha 20/11/2018, asistida por profesional letrado,

en presencia de profesionales en el campo de la salud mental. Se destaca del acto: "...CEDIDA LA PALABRA A LA SRA. M.NA P. C.... Expresa que se conocen hace muchos años con I.; que fueron compañeras de la Facultad y luego del trabajo (colegio); que trabaja como profesora de inglés; que ambas tuvieron hijos; que I. no estuvo presente en el colegio en la etapa en que perdió su embarazo; que ya tenía pensado ceder su vientre para la hermana de su marido SEBASTIÁN, pero que finalmente no se llevó a cabo; que tuvo un parto muy bueno, por lo que pensó que debería parir los hijos de otras personas; que cuando se enteró de la situación de I., le dijo que buscara dentro de su familia quien pudiera gestar su hijo, pero no tiene hermanas; que ahí fue que le dijo que lo pensarán; que consultó con la familia y decidió hacerlo; que piensa que solo una mujer puede tener este gesto por otra mujer; que se plantea una solución para el caso de I., entendiendo los riesgos que ello implica; que su familia conoce sobre el tema y que los apoyan; que al principio, no sabía que esto no estaba reglamentado, pensaba que era común, ya que vivía en EEUU y eso se da con mayor frecuencia allí; que pone como ejemplo lo que pasa en ese país, porque considera que así se respeta la libertad de decidir sobre su propio cuerpo, de poder prestar su vientre para que I. y su marido puedan tener su bebé; que piensa que habrá dificultades y que va a ser incómodo, pero que cree en el altruismo de este acto y que cualquier mujer lo puede hacer; que sabe que se tiene que enfrentar a cambios hormonales y que tendrá que gestar al bebé de otra persona; que tiene miedos que son lógicos, y que necesita del apoyo psicológico y el de su familia; que entiende con claridad que el bebé que va a gestar no es de ella; que sabe que esta cuestión es difícil de procesar en esta sociedad, ya que se asocia maternidad con gestar un bebé; que no es fácil estar frente al Juzgado, pero que cree que este acto vale la pena y que valora la decisión de ser madre de esta manera; que tiene dos hijos de 17 y 11 años; que el mayor, está preocupado por lo que pueda pasar, pero que le dijo que existe riesgo en todas las cosas que hacemos en la vida, por ejemplo en que

ocurra cualquier accidente; que en casa tenemos una niñera, que se encarga del cuidado del hijo de 11 años; que en caso de ser necesario, dejaría de trabajar, que se adaptarían a la situación; que en el colegio en el que trabajan con I., saben de la situación planteada, y que le dijeron que iban a darle la licencia; que pensó que sería mejor sacarla antes del parto, así de esta manera sus alumnos no iban a verla embarazada, por lo que considera que ello sería beneficioso para todos; que entiende que este caso, no es uno de altruismo común”.-

Por su parte, el matrimonio M.-G., tuvo la oportunidad de dejar asentar su postura frente a esta Proveyente, en los siguientes términos: *“CEDIDA LA PALABRA A LA SRA. M.: Expresa, en presencia de su letrada patrocinante Dra. FLORENCIA SANNA y el Dr. CARBONETTI, que se conocieron y se casaron con su marido el Sr. G.; que tiene un hijo de 14 años, de su pareja anterior; que en 2013, se embarazó de su nueva pareja; que fue en ese momento, en que se enteró que estaba inmunizada; que su hija nació con 32 semana, mediante una cesárea de urgencia; que intentaron transfundirla, pero que su hija falleció desangrada; que empezó a hacer terapia y que lo sigue haciendo; que hicieron el duelo con su marido y que se realizó estudios; que en 2017, decidieron buscar nuevamente, pero que perdieron este embarazo en la semana 17; que fue entonces que le diagnosticaron trombofilia; que empezaron a pensar en que si avanzaban con un nuevo embarazo, iba a tener que llevarlo a cabo con controles en Buenos Aires y con tratamientos muy costosos, y aún así con riesgos; que cuando M.NA se ofreció a gestar a nuestro hijo, fue un shock muy grande para ella y todos los profesores que estaban presentes en la sala de profesores, que es donde le comunicó esta decisión; que M.NA vivió en EEUU y que tiene otra apertura mental; que sus colegas del colegio, se encuentran muy al tanto de su situación y sus vivencias, ya que iba contando lo que iba pasando con sus embarazos; que cuando le dieron la noticia de que tenía trombofilia, fue la misma*

M.NA quien se ofreció a gestar su hijos; que el vínculo que tienen, nació desde que se conocieron como compañeras del colegio y de la facultad y ahora de su trabajo; que cuando M.NA le comunicó su decisión, no se puso a indagar en las razones de la misma, ya que estaba muy contenta con la posibilidad de ser mamá de nuevo; que le dijo que lo pensara durante un tiempo, y tres meses después le dijo que había hablado con su familia y que lo haría; que fueron a hablar con la psicóloga de la clínica y que arreglaron un trabajo paralelo con su psicóloga particular.- CEDIDA LA PALABRA AL SR. G.: Que M.NA tomó la decisión, una vez que escuchó de su problema para ser mamá; que M.NA manifestó que no consideraba justo que para ella, haya sido tan fácil ser mamá y para otras personas no y que les cueste tanto; que le había ofrecido prestar su vientre a un familiar con anterioridad, pero que esa persona no aceptó”.-

Otra cuestión relevante, es la conformidad del Sr. MOLINA, esposo de la gestante, quien en ocasión de la audiencia celebrada en 20/11/2018, expuso que: “...cuando su esposa le comentó la idea, apoyó esta decisión, en cuanto de esta manera, M.NA puede ayudar a otra persona, sin entrar en indagaciones sobre las motivaciones de I. y su marido; que son deportistas, se conocieron en el club con su esposa; que le genera admiración el gesto de M.NA, ya que él como varón, no tiene la posibilidad de hacer esto por otra persona; que no tendría problemas de salud a la calle con su esposa embarazada, ya que le da orgullo que M.NA pueda hacer esto por I. y su marido...”

Resulta concordante con lo antedicho, la prueba testimonial producida en autos (fs. 113/116), a saber: “Conozco su gran deseo de ser padres. La situación trágica que pasaron al perder su hijita recién nacida y por ello, se que se hicieron estudios de lo pareciera que I. tiene un problemita médico que le impide concluir los embarazos de buen modo. Fue duro el tema del entierro del bebe hace unos años atrás, tres o cuatro. Quiero agregar que conozco muy bien a

G., le decimos Gero quien es el hijo de I. y es él quien también quiere tener un hermanito porque también sufrió lo de su hermanita bebe... Sé que por el deseo de ser papas se han puesto en contacto con una amiga o compañera de trabajo de I., M.na y a quien no conozco, y ella va a ser quien llevaría el bebe como un vientre subrogado, a fin que los chicos puedan ser padres y solo movida por cuestiones solidarias por el problemita medico de I. de no poder llevar adelante bien un embarazo... conozco su estilo de vida, la forma de ser, están preparados para ser padres y para brindarle amor al bebe y me emociona participar de esto de este modo porque están demasiados aptos para ser padres... Lo social está ya preparado porque el grupo de amigos, aun con hijos de edad variada, vemos de buen modo y con gran deseo que ellos puedan ser padres. Además lo de M.na es un gesto de amor y solidaridad inmenso y sin dudas, es por el tipo de persona que son I. y F. y que merecen que las cosas buenas se les den, en especial esto de poder ser papas con la ayuda de otra persona en forma desinteresada” (De la declaración del testigo JAVIER FERNANDEZ FIGUEROA de fs. 113); “Si los conozco desde hace muchos años. Participé de su casamiento y mucho más el momento de la perdida de la bebe Anita, tiempo en el cual los acompañe y fue durísimo ese trance, y por cierto hoy sigo en contacto con I. pues trabaja conmigo y en todas las reuniones sociales participan junto a F.... Si conozco fehacientemente como desean ser padres y todos los tratamientos y consultas médicas para intentar ser padres sin resultados. Lo que pasa es que I. tiene un problemita... Han hecho muchos tratamientos sin éxito y eso ha sido muy frustrante y sin dudas además con gran gasto económico que ha sido admirable lo que los chicos han intentado. Hay casos donde la naturaleza no permite pese a métodos y tratamientos médicos que han evolucionado la medicina... Ellos hacen una fecundación in vitro y si la Justicia autoriza lo van a implantar en otro vientre que va a portar el bebe de ellos. Quien va a portar ese bebe es una persona maravillosa, muy honesta, con un gesto totalmente solidario, no sé qué otra

palabra usar, pues M.NA sin dudas se ha conmovido con lo de I. y por ello, ha ofrecido gestar la vida del hijo de I.. Este gesto de M.na a mi me ha elevado en la consideración de ella como ser humano generoso, desinteresado y solo para cubrir esa posibilidad que su compañera de trabajo pueda ser mamá. Y mire que yo soy la que daré la licencia por maternidad y estoy conmovida por el gesto en sí. ... emocionalmente están preparados y listos para ser padres. Los tiempos no son fáciles, son trabajadores y así la van peleando. Son trabajadores tanto I. como F. y entiendo que si podrán hacer frente a los gastos de criar un bebe y lo que ello implica. En lo social, la gran mayoría, la inmensa de las personas que los rodeamos, los apoyamos y queremos que ojalá esto se realice del mejor modo. Todos los involucrados son muy buena gente, y no puede haber otro final que no sea feliz". (De la declaración del testigo TERESA IRENE AUVIEUX, de fs. 115); "Fue muy duro la etapa de la perdida de la bebe que tuvieron, al ser pequeño nuestro colegio, no fue fácil para la familia, y en el caso de I. por su profundo deseo de tener su hijo con su amor F.. Fue muy fea esa etapa y luego intentaron otras formas, pero todo sin suerte, sin éxito porque el deseo de ellos era y es poder ser padres... se que ella ha hecho tratamientos sin suerte por un problema que ella tendría que no se cual es, algo con su sangre, y han intentado todas las consultas médicas que imagines pero sin suerte. Ellos realmente de un modo extraordinario desean ser padres y han hecho todo lo posible para ello... El procedimiento sería que el material genético de I. y F. sea implantado en M.na quien así les tendrá el hijo en el vientre por la imposibilidad de I.. La familia M.na sabe y están felices por lo que está por hacer ella y la generosidad de su acto de amor y solidaridad. Por lo hablado con M.na que siempre ha sido una persona de mente abierta, resulta más admirable y como algo muy lindo por ese gesto de amor y generosidad porque sin dudas que es desinteresado y solo por solidaridad... Los dos trabajan son personas en pareja consolidada y una familia que por lo que conozco no tiene problemas ni conflictos. Desde los afectivo están

en condiciones de tener otro hijo, y desde lo económico al trabajar sin que les sobre nada, creo que podrán hacer frente a la crianza de los hijos. I. es muy consciente e inteligente y no se avocaría en un proyecto que no haya sido muy pensada y abordada por ellos, más en esto tan tan especial de tener una oportunidad de ser papas. Socialmente puedo decir solo lo del colegio, saber esto fue muy emocionante, y casi todos las hemos apoyado y esperamos que realmente puedan realizar el sueño, que es como de todos, porque estamos conmovidos porque la comunidad del colegio es pequeña y por eso admiramos la decisión de M.na, y también a I. así que el apoyo es absoluto” (De la declaración del testigo MYRIAM JACQUELINE AGUERO, de fs. 116); “Si se del deseo de ser padres de ellos el cual es intenso y de hace tiempo. I. es Rh negativo, lo que genera problemas con el bebé si este es RH + porque hay que crear los anticuerpos necesarios... Ellos aportaran el material genético para que sea implantado en otro útero “portador”, para que con suerte y en término ellos puedan ser padres... Esa persona será M.NA compañera nuestra del Colegio profesora de inglés quien generosamente se ofreció y porque lo comentaron ambas en una reunión del colegio no esteramos. De M.na no me sorprende que es una persona generosa y muy altruista, y al ver todo este “padecer” de I., le ofreció llevar el bebe de F. e I., y después la elaboración de cada familia porque están todos de acuerdo incluso los hijos adolescentes de M.na, quienes han manifestado a su mamá-entender y admirar lo que está por hacer por su amiga... ellos ya son papas de un segundo bebé que aún no lo tienen. Necesitan este último pasito de la Justicia porque han sido sumamente respetuosos y diligentes en los trámites... Económicamente los dos trabajan y si bien no sobra nada, están pagando la casa, se fueron de vacaciones pero podrán hacerse cargo de gastos de bebes. En lo social, por lo menos vecinos y compañeras de trabajo, esperamos que el matrimonio pueda concretar lo de su hijo o hija cuanto antes” (De la declaración del testigo FABRICIA GUGLIELMONE, de fs. 114).-

La situación de igualdad entre las partes intervinientes, se verifica además de los informes sociales practicados en autos por el Gabinete Psicosocial del Poder Judicial. Así, a fs. 106/108, obra aquel realizado en el domicilio de la Sra. C., del cual se destaca la posición económica estable del grupo familiar, con ingresos suficientes provenientes de relación laboral de la nombrada y su esposo el Sr. MOLINA; que tiene una relación estable con el Sr. MOLINA desde hace 18 años, quien se muestra de acuerdo con el procedimiento previsto; que tienen dos hijos y que no experimentan deseos de ampliar la familiar en este sentido; que mantiene una estrecha relación con la Sra. M., mostrándose muy conmovida por su situación, especialmente la pérdida de su hija; que vivió en Estados Unidos, donde este tipo de prácticas resulta muy común, por lo que se ofreció como gestante de la madre intencional; que tuvo una favorable experiencia en su maternidad, por lo que se considera apta para gestar el hijo a hija del matrimonio M.-G.. Concluye la Lic. FLORENCIA ALONSO, que *“... se advierte en la entrevistada, un discurso coherente y espontáneo. Con profundidad y análisis crítico en sus reflexiones. Asimismo, se infiere en la entrevistada, una posición de autonomía en diferentes aspectos de su vida, económico, habitacional, laboral, como así también presencia de recursos internos para analizar la situación desde los miedos, las pérdidas y ganancias que la traería aparejada la situación. La entrevistada encuentra en el término a la sororidad de cuño actual desde lo histórico político, la referencia que contiene su sentir y actuar. En este sentido la “Sororidad”, da cuenta a decir de MARCELA LAGARDE de un “pacto entre mujeres”, categoría que también hace referencia a “la alianza feminista entre mujeres para cambiar la vida”.-*

Por otro lado, debe considerarse que -tal como lo describe los actores en presentación inicial- la práctica de gestación por sustitución, es la única posibilidad que tiene el matrimonio M.-G., de ahijar un niño o niña portador de su

material genético, decisión esta que le incumbe con exclusividad a los nombrados.-

Resultan relevantes los informes médicos e historias clínicas obrantes en autos. Así, a fs. 21/24, rola informe de elaborado por el Dr. DIEGO LOPEZ OSA, médico tocoginecólogo de la Clínica Fertilía, en la cual se destacan los antecedentes de infertilidad de seis años de evolución de la Sra. M.; el fallecimiento de su hija recién nacida, a los 4 días del alumbramiento, por anemia severa e hiperbilirrubinemia (año 2013); el aborto espontánea a las 12 semanas de su hijo/a (año 2017); entre otras datos allí contenidos y a los cuales me remito en honor a la brevedad.-

La condición de salud sobre viabilidad para procrear de la Sra. M. ha sido analizada in extenso por parte de los profesionales de la salud reproductiva en el presente caso. Ello ha sido objeto de especial consideración en la audiencia celebrada en 20/11/2018, con el Dr. LOPEZ OSA, a saber: *“... la práctica que requieren los actores, es infrecuente en esta Provincia; que en EEUU, por ejemplo, es más frecuente y opera con retribución, lo que no le consta que sea así en el presente caso; que la Sra. I., no puede tener hijos con el Sr. G., pero que ya tiene uno con su anterior pareja; que es el segundo caso de gestación por sustitución que se da en la clínica, y el primero en este tipo, es decir, en el que la gestante no tiene una relación de parentesco con la comitente; que ratifica lo informado a fs. 21/24, en el sentido que el material genético para el presente caso, lo aportan ambos comitentes, es decir, la Sra. M. y el Sr. G.; que conoce a estos últimos, desde hace aproximadamente un año y medio, y que a M.NA la conoce desde hace seis u ocho meses; que los mismos fueron derivados por un colega, el Dr. CARRANZA, quien les propuso esta salida a su problema de salud; que el matrimonio M.-G. ya conocían sobre el procedimiento a seguir, seguramente informados por mi colega; que al principio, ellos querían realizar la práctica, pero*

no contaban con la gestante; que desde un comienzo, se les dijo que era necesaria, de manera previa, la realización de autorización judicial; que le consta que M.NA es conocida de I., ya que son compañeras de trabajo; que la pretensa gestante, no tiene ninguna contra indicación; que se le hicieron los controles y estudios de rutina, que se le hacen a todas las mujeres en condiciones de gestar; que el procedimiento a realizar, consiste en la realización de un tratamiento de fertilidad, una vez que se tiene la autorización judicial para hacerlo; se trata de obtener óvulos (4 o 5) y se los fertiliza (inseminación), luego se los transfiere a la gestante (2 como máximo); los demás, se congelan y quedan en ese estado, sin límite temporal; que esta es una decisión personal, en cuanto no se encuentra regulada o legalizada la donación de embriones; que este tratamiento debe hacerse lo antes posible, atento a la edad de I. (40 años); que se evalúa con la psicóloga de la institución, en todos los casos de fertilización; se les informa además, sobre los riesgos y posibilidades del embarazo, por ejemplo, que en el caso de mujeres menores de 35 años, el riesgo de nacimiento de niños con síndrome de Down es de 1 en 1.500 y en mujeres de más de 40 años, el riesgo es de 1 en 100; que no se brinda asesoramiento jurídico a la gestante, pero si se firma un consentimiento informado, en el que se detalla la posibilidad de transferir el embrión a un tercero...”.-

En este estado de la cuestión, se vislumbra con meridiana claridad que **la realización del procedimiento de gestación por sustitución, es la única vía para poder concretar el proyecto de vida del matrimonio M.-G., de gestar un hijo o hija con su propio material genético, atento a la absoluta imposibilidad de la mamá voluntaria; que la Sra. C. ha brindado su consentimiento previo, libre e informado para la gestación, admitiendo que no tiene voluntad de ser la mamá biológica del niño o niña que de la misma nazca y renunciando expresamente a cualquier vínculo jurídico con el/ella;**

que tiene plena capacidad y uso de facultades mentales, entendiendo las consecuencias de las decisiones que adopta, con total apoyo de su esposo y conocimiento de sus hijos, impulsada por móviles solidarios y una especial ponderación por la sororidad con I.; que las partes intervinientes han sido debidamente informadas sobre las implicaciones médicas de la práctica y sus riesgos, habiendo suscripto el debido consentimiento informado, y siendo asesoradas legalmente por profesionales del derecho, en presencia de esta Magistrada y con dictamen de los equipos técnicos de este Poder Judicial; que no existe condición de vulnerabilidad alguna en la Sra. C., que la lleve a tomar esta decisión sin absoluta libertad; que la misma tiene condiciones físicas y psicológicas para llevar a cabo la gestación, sin que pueda vislumbrarse riesgo alguno al momento de la ejecución del convenio celebrado, esto es, el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes, en especial la entrega del niño o niña a los comitentes al momento del parto, todo lo cual me llevaría a concluir sobre la procedencia de la autorización solicitada por los actores en el texto de la demanda, a los fines de la plena efectividad de los DDHH de las partes involucradas.-

4.- Los DDHH en juego en el presente caso.

En atención a las particularidades del caso, se debe mencionar que se encuentran en juego DDHH tanto de los progenitores voluntarios, como de la persona gestante y su grupo familiar, que deben ser brevemente analizados a la luz de los instrumentos internacionales en la materia.-

a.- Derecho a la vida privada y familiar: Toda persona tiene derecho a desarrollar un proyecto de vida, de acuerdo a sus parámetros culturales, la forma en que se ve a sí misma y su proyección social, encontrándose

garantizada la abstención del estado de injerir arbitrariamente en tales decisiones (art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). En el caso puntual, la decisión de realización de TRHA representa una elección de vida, tanto para el matrimonio MAISALO-G., como para la gestante y todo el grupo familiar, que debe ser respetada por el estado, sin perjuicio de las razones y motivaciones individuales que persiguen.-

b.- Derecho a fundar una familia: Se encuentra íntimamente ligado al anterior, en cuanto cada persona tiene derecho a formar una familia, sin restricción de ninguna clase, garantía consagrada primeramente por el art. 42 de la Constitución Nacional, así como en tratados internacionales en materia de DDHH, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23). La familia es un concepto más amplio que el puramente biológico, y debe ser apreciado desde una óptica diversa, en cuanto existe una multiplicidad de familias que conforman en núcleo social. La realización de la gestación por sustitución, implica la elección de un modelo familiar, a través del uso de los adelantos científicos que se disponen actualmente. Su falta de regulación legal, no puede implicar la denegación o discriminación del modelo adoptado por las partes intervinientes.-

c.- Derecho a la autonomía reproductiva e integridad psicofísica:

En relación a la autonomía reproductiva, se incluyen los derechos sexuales, y consisten en la facultad que tienen las personas de decidir con libertad y responsabilidad, si desean tener hijos y cuántos, es decir, que se relaciona directamente con la planificación familiar. Frente a ello, el estado debe respetar la voluntad individual o de la pareja, brindando la información necesaria –a través de educación sexual- para hacer efectiva esta planificación, y promover acciones tendientes a que la decisión se vea libre de obstáculos indebidos. En este marco,

la decisión de implantar embriones con el material genético del matrimonio M.-G. en una tercera persona para que lo geste, debe no solo ser respetada, sino promovida desde un estado que reconoce la libertad de elegir, a los fines de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, La voluntad procreacional de los actores, es la expresión tangible de este derecho.

d.- El derecho a acceder a servicios de salud reproductivos y el goce de los beneficios del progreso científico: El derecho a la salud es parte integrante de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya obligatoriedad para el Estado ha sido objeto de ponderación de parte de la más calificada doctrina. Se trata de DDHH, que regulan libertades frente y a través del estado, es decir, que este último debe, por un lado y a través de todos sus órganos, abstenerse de vulnerar tales derechos, y por el otro, garantizar que terceros se opongan a su libre ejercicio. De acuerdo a los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud, este concepto es amplio y protege a la persona en su esfera bio-psico-social. El acceso a la salud reproductiva, se encuentra incluido en el concepto, por lo que la posibilidad de planificación familiar, conforma el derecho que se trata en el presente punto.-

Por su parte, se reconoce el derecho a gozar de los beneficios científicos, es decir, que ante los avances de la ciencia, la sociedad en su conjunto debe ser favorecida, a través del impulso del estado con acciones positivas y negativas (art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En el presente caso, las TRHA representan un gran avance en aras a la plena efectividad de los derechos reproductivos, en cuanto genera la posibilidad a aquellos que por diferentes motivos no pueden procrear, de conformar grupos familiares de acuerdo a su proyecto de vida. La gestación por sustitución, sin perjuicio de su falta de regulación en nuestro país, permite al matrimonio M.-G., a

pesar de las condiciones adversas de salud, tener la posibilidad de tener hijos con su propio material genético.-

e.- El derecho a la igualdad ante la ley: Desde la perspectiva de derechos que se sostiene en la presente resolución, la autorización solicitada implica un acto positivo del Estado, tendiente a la efectividad de los derechos reproductivos y la planificación familiar de los actores, en condición de igualdad frente a otros ciudadanos que no se encuentran en su particular situación. Se busca entonces, el pleno respeto por los principios de no discriminación y de tutela judicial efectiva, consagrados en los instrumentos internacionales de DDHH mencionados precedentemente.-

5.- La declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del C.CyC.N peticionada por el Ministerio Público de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida interviniente.-

Superada la cuestión, corresponde analizar el planteo de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del C.CyC.N, formulado por el Ministerio Público de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de la II Nom. en su dictamen de fs. 121/124.-

El Sr. Defensor de NNYA, emite opinión con carácter preventivo, en cuanto aún no se ha producido el nacimiento del niño o niño a partir de la práctica de gestación por sustitución. Sin embargo, dicha opinión resulta de relevancia, de manera de determinar previamente los efectos sobre el estado filiatorio de la persona menor de edad que eventualmente nazca, quitando de esta manera el estado de incertidumbre sobre la cuestión, imprescindible en aras a la plena efectividad de los derechos de las partes, ante la falta de regulación expresa.-

Manifiesta el Ministerio Público Pupilar, que el art. 562 del C.CyC.N, al admitir que la maternidad corresponde a la mujer que da a luz y no a aquella que tiene voluntad procreacional, representa una barrera para el ejercicio de derechos fundamentales, entre ellos, el de tener un hijo o hija, de manera libre y responsable y sin exclusiones irrazonables; que el control de convencionalidad importa la búsqueda de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, considerando que las previsiones de la norma analizada pueden resultar discriminatorias hacia la mujer que por carecer de capacidad gestacional pero no genética, no se le reconozca su condición de madre, a pesar de tener un vínculo biológico; que la gestación por sustitución, no se encuentra regulada en nuestro país, pero que el instituto ha sido admitido jurisprudencialmente; que en relación a la inscripción, ante la falta de regulación legal, se genera una situación de incertidumbre en los comitentes, ya que de aplicarse lo previsto por el artículo mencionado, la filiación no se corresponde con la realidad biológica del niño o niña que nazca, así como la voluntad procreacional de los padres intencionales. En consecuencia, opina que la persona menor de edad deberá ser inmediatamente inscrita como hija de los accionantes.-

A fs. 126, emite opinión la Sra. Fiscal Civil, de manera concordante con lo dictaminado por el Ministerio Público Pupilar, fundando su opinión en que el art. 562 del C.CyC.N, al no reconocer la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante consentimiento informado, sino de la mujer gestante, representa una barrera para el ejercicio de los DDHH que forman el bloque de constitucionalidad –art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.-

En este estado de la cuestión, corresponde precisar que la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, representa un medio excepcional, de última ratio, cuando la aplicación de una determinada norma,

resulta claramente violatoria de una norma constitucional o un tratado internacional en materia de DDHH. Ello es así, en cuanto los jueces no están llamados de declarar inconstitucionalidades de leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, en razón del reparto de competencias establecidos constitucionalmente. La declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad es la máxima sanción que merece una ley, por lo que debe ser analizada restrictivamente.-

A los fines del abordaje de la cuestión planteada, en virtud de lo dispuesto por el art. 2 del C.C.yC.N, se deberá hacer un análisis sistémico, valorando reglas, principios y valores, de manera de arribar a una solución congruente con todo el ordenamiento jurídico y en especial con los tratados de derechos humanos, fuentes del derecho privado según expresa remisión del art. 1 del citado cuerpo legal. Es decir, que la aplicación de la norma no puede realizarse de manera rígida, sino como un todo coherente, siempre en miras a la plena efectividad de los derechos de los ciudadanos.-

En primer lugar, se debe mencionar que la norma en cuestión, establece que: *“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”*.-

Se consagra así el principio romano de *“mater semper certa est”*, según el cual madre es la persona que gesta al niño, como se adelantó precedentemente. La herramienta que otorga el C.CyC.N, deja afuera a aquellas personas que optan por la técnica detalladamente. Se deberá determinar, si ello compromete el orden público familiar, en cuanto la aplicación de la norma citada, determina la inviabilidad de los efectos pretendidos por los actores –la

determinación filiatoria en cabeza e los padres intencionales-, cuestión esta central en la resolución de la causa.-

En otras palabras, más allá de la opinión sentada precedentemente, en relación a la viabilidad de la autorización solicitada, el *thema decidendum* es más amplio, en cuanto aún cuando la práctica se realice, si no se determinan los efectos de la misma en relación al emplazamiento filial del niño o niña que nazca, la tutela judicial no resulta efectiva.-

Ahora bien: Entiendo que en el presente caso se encuentra comprometido el orden público familiar, y que los perjuicios invocados por el Ministerio Público Pupilar, resultan patentes de la aplicación de la norma en cuestión, en cuanto su aplicación efectivamente vulnera derechos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales en materia de DDHH. Tal perjuicio resulta concreto y no abstracto.-

Lo mencionado precedentemente, guarda estrecha relación con los derechos detallados en el acápite anterior (Derecho a la vida privada y familiar; Derecho a fundar una familia; Derecho a la autonomía reproductiva e integridad psicofísica; Derecho a acceder a servicios de salud reproductivos y el goce de los beneficios del progreso científico; Derecho a la igualdad ante la ley). La aplicación del art. 562 del C.CyC.N, en el caso actual y de acuerdo a las consideraciones enumeradas in extenso en la presente resolución, vulnera en forma actual, real y concreto los derechos mencionados, lo que no deja otro camino que declarar su inconstitucionalidad e inconvencionalidad conforme lo solicitado por el Sr. Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de la II Nom.-

Es que en caso de arribar a una solución diferente, se privaría a los actores de acceder a la TRHA elegida como vía para conformar su familia, y al niño o niña que de la misma nazca, de un emplazamiento filiatorio acorde a la

voluntad procreacional de los progenitores intencionales, creando un vínculo jurídico con quien no tiene el deseo de ser su madre (la gestante), solución que claramente resulta contraria a los derechos y principios aludidos.-

6.- La situación de la mujer gestante desde una perspectiva de género: autonomía y vulnerabilidad. La trascendencia y efectos sociales de los actos jurisdiccionales.-

Sin perjuicio de las cuestiones analizadas en los acápites anteriores, a la luz de los elementos probatorios colectados en autos y los DDHH involucrados en el presente caso, corresponde expedirme sobre una cuestión central, previo a tomar una decisión definitiva sobre el asunto, relacionada a la autonomía de la mujer gestante y el respeto de su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, libre de toda coacción o circunstancia que pudiera implicar una limitación a su libertad de elección.-

Corresponde precisar que es deber de esta Proveyente, resolver la cuestión desde una perspectiva de género, es decir, la búsqueda en cada caso, de la real igualdad y no discriminación de mujeres, lo que se impone como una obligación constitucional y convencional para garantizar el acceso a la justicia.-

En efecto, frente a la existente brecha de género, resulta imperioso que las decisiones que desde el Poder Judicial se adopten, tengan en especial consideración la situación de vulnerabilidad a la que está sometida este colectivo, la cual agrava otras circunstancias de desequilibrio, por ejemplo, la cuestión económica o riesgo social.-

Así, la aplicación de una determinada norma o un instrumento jurídico de manera uniforme, según se trate de hombres o mujeres, puede generar situación de desigualdad, frente a la asimetría estructural en la relación de poder.

Lo que se busca, no es dar un trato idéntico al aplicar una norma, sino de lograr una igualdad real.-

La incorporación de la perspectiva de género, es el camino para lograr la plena efectividad de derechos de las mujeres, de manera que aquellos contenidos en los instrumentos internacionales de DDHH, no sean letra muerta. Se recuerda aquí, que la mera enunciación no elimina las asimetrías de género por su sola vigencia, si no se resuelven los casos que son traídos a conocimiento de los jueces, desde esta particular visión.

La cuestión de género, es una construcción que se reproduce en la sociedad y la cultura. La deconstrucción de estereotipos que subyugan a las mujeres, también debe ser emprendida desde la actividad jurisdiccional, en la valoración de prueba y en la decisión que finalmente se adopte.-

Así, en el caso puntual, **la suscripción de un convenio de gestación por sustitución, no debe analizarse solamente a la luz de los requisitos previstos por la legislación civil, sin un enfoque desde la perspectiva de género, es decir, sin una especial consideración a su condición de mujer y las implicancias que ello tiene.-**

Se ha analizado extensamente, sobre el consentimiento libre e informado brindado por la Sra. C., en absoluto respeto a su libertad individual, así como la ausencia de situación de vulnerabilidad, ponderando especialmente los motivos altruistas y sororidad hacia la Sra. M., así como la falta de motivaciones económicas en el acuerdo.-

Los instrumentos internacionales de DDHH de mujeres, se ocupan de la violencia como un problema central en la materia, habiéndose expedido la Corte Interamericana de DDHH en numerosos fallos sobre el deber de debida diligencia del estado en relación a estos actos. En este sentido, la CEDAW establece que *“la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en*

pie de igualdad con el hombre”. La Convención de Belém do Pará, por su parte, considera que la violencia representa un acto violatorio de DDHH y de las libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado, los cuales no pueden ser tolerados por el Estado.-

Aún cuando el presente no se trata de un proceso que involucre violencia en contra de una mujer, se debe considerar que la perspectiva de género, obliga a esta Proveyente a analizar la existencia de vulneración de derechos de la Sra. C., consistente en el eventual aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad. Este desequilibrio, forma parte de un concepto amplio del fenómeno de la violencia, entendida como cualquier acto intencional, que provoca un daño a la persona, en un contexto de desequilibrio de poderes.-

En otras palabras, lo que se busca es evitar que personas que se encuentran en una mejor posición económica o cultural, se aprovechen de la situación de preeminencia sobre mujeres que se encuentran en un estado de necesidad, y que por móviles económicos u otros análogos, accedan a realizar la práctica, con el fin de superar ese estado.-

Lo mencionado precedentemente, resulta contrario a un Estado democrático, a la luz de la normativa de DDHH invocada y el enfoque que se sostiene en la presente resolución. El deber de debida diligencia, abarca este aspecto destacado; debiendo proveerse todas las medidas tendientes a evitar situaciones de violencia.-

Es facultad indelegable de los jueces, eliminar el riesgo de aprovechamiento de un ciudadano sobre otro en circunstancias como las aludidas, so pena de incurrir en violencia institucional.-

El estado debe garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente en pos a la erradicación de toda forma de violencia contra la mujer. Esta obligación implica el deber estatal de organizar todo

el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los DDHH.-

Efectos sociales del fallo: Además, la eventual explotación de la situación de la mujer en estado de vulnerabilidad y su consecuente objetivación, provocaría claras consecuencias disvaliosas en la sociedad. Ello me lleva entonces a reflexionar sobre los efectos sociales de una decisión como la presente, en atención al lugar central que ocupa la maternidad en nuestro contexto cultural.-

En efecto, la maternidad es una función social, por lo que la resolución del presente caso, excede el mero interés de las partes. Trasunta el planteo, las modificaciones provocadas por el cambio cultural del concepto de maternidad, así como el impacto de los adelantos científicos, a través del desarrollo de TRHA en el campo de la salud reproductiva. Frente a ello, el rol del Poder Judicial, no puede limitarse a la resolución de un conflicto individual, sino que debe tener en miras el interés general y la P. social.-

Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas plenamente acreditadas en autos; los derechos en juego y su realización a través de la práctica de la gestación por sustitución; la ausencia de la situación de vulnerabilidad de la gestante, analizada desde una perspectiva de género; la consideración sobre el rol social que cumplen fallos de esta relevancia, sobre todo a los fines de evitar prácticas sociales que perpetúen una situación de desequilibrio estructural de este colectivo vulnerable; estableciendo que cada caso de esta naturaleza, será analizado desde esta visión, de acuerdo a las características del mismo, de manera que represente una exclusa a la proliferación de situaciones de desigualdad que pudieran suscitarse, llego a la conclusión que corresponde autorizar la práctica solicitada y disponer las medidas tendientes a que la inscripción del niño o niña que de dicho procedimiento nazca,

sea coincidente con la voluntad procreacional manifestada por los accionantes, a través de los instrumentos considerados a lo largo de la presente resolución.-

7.- El derecho del niño a conocer su origen a partir de la práctica de gestación por sustitución

Superada la cuestión referida, es importante resaltar el derecho del niño o niña que nazcan de la TRHA detallada, de conocer su realidad de origen gestacional (arts. 7 y 8 CPD y arts. 11 y 13 ley 26.061). El ejercicio de este derecho, se encuentra evidentemente sujeto a la efectividad de la práctica, así como a la edad y grado de madurez que adquiera, de manera que cuente con las herramientas necesarias para comprender cabalmente la misma.-

El derecho a la identidad de la persona que nace bajo estas condiciones, encuentra su fundamento en la calidad de sujeto de derechos, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos de NNyA. Este derecho, tiene como contracara, la obligación de aquellos que conforman el mundo adulto, de tomar todos los recaudos para transmitir esta realidad, de acuerdo a las particulares condiciones del niño o niña.-

Así, sin perjuicio de los compromisos asumidos por las partes en el convenio celebrado oportunamente, se establecerá en la presente resolución, el deber jurídico de hacer conocer al niño o niña sobre su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez del mismo.-

COSTAS: Por el orden causado, atento a la naturaleza de la cuestión debatida.-

HONORARIOS: Oportunamente, una vez que los letrados intervinientes acrediten su condición frente a AFIP.-

Por las consideraciones expuestas;

RESUELVO

1) AUTORIZAR a la Sra. I. M. DE LA P. M., DNI: y al Sr. F. J. G., DNI:, como comitentes y a la Sra. M. NA P. C., DNI:, como gestante, a realizar la técnica de reproducción humana asistida (TRHA) de gestación por sustitución, debiendo adjuntar las partes, copia del consentimiento informado suscripto por ellas en la Clínica Fertilia para someterse a la TRHA mencionada, de acuerdo a las previsiones de los arts. 560 y 561 del CCyCN.-

2) DECLARAR la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 562 del CCyCN, en este caso concreto de gestación por sustitución, de conformidad a lo considerado. Por lo tanto, DEJAR DETERMINADO que la filiación del niño o niña que haya de nacer como consecuencia de la práctica médica autorizada en el punto I de esta resolución, será hijo o hija de la Sra. I. M. DE LA P. M., DNI: y del Sr. F. J. G., DNI:, debiendo informar oportunamente al NNyA, con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. A esos efectos, HÁGASE SABER a la institución que deberá 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 niño o niña, cuando hubiera alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.-

3) DISPONER que toda la documentación vinculada a la identidad del niño o niña, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitores (madre/padre) a la Sra. I. M. DE LA P. M., DNI: y al Sr. F. J. G., DNI:.. Asimismo, se dispone que la inscripción que corresponda realizar en el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas se efectúe de conformidad a lo normado por el 559 del CCyCN. Sin perjuicio de ello, a tenor del art. 64 del CCyCN, HÁGASE SABER que el orden de los apellidos con el que el niño o niña, de ser inscripto/a quedará a elección de sus padres.-

4) ORDENAR que los únicos autorizados al retiro del niño o niña de la institución de salud en la que se produzca el nacimiento, serán sus progenitores, la Sra. I. M. DE LA P. M., DNI: y del Sr. F. J. G., DNI:.-

5) LÍBRESE OFICIO a la Clínica Fértida y al Sanatorio Modelo y/o institución en la que se produzca el parto, a los fines que tome conocimiento de lo resuelto en el día de la fecha y se dispongan las medidas pertinentes para que la inscripción del niño o niña en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, se efectúe como hijo o hija de la Sra. I. M. DE LA P. M., DNI: y al Sr. F. J. G., DNI:.-

6) COSTAS: Se imponen por el orden causado, conforme lo considerado.-

7) HONORARIOS: Oportunamente, una vez que los letrados intervinientes acrediten su condición frente a AFIP.-

HÁGASE SABER. CGP