

Salta, 29 de noviembre de 2021.

Y VISTOS: Estos autos caratulados «T.C, E.M; T.J.I VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) – AMPARO – RECURSO DE APELACIÓN» (Expte. Nº CJS 40.567/19), y

CONSIDERANDO:

Los Dres. Pablo López Viñals, Sergio Fabián Vittar y Horacio José Aguilar, dijeron:

1º) Que el demandado interpone recurso de apelación en contra de la sentencia de fs. 181/202 que hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Instituto Provincial de Salud de Salta a otorgar cobertura integral (100%) de dos módulos que forman parte de la prestación de fertilización asistida in vitro (FIV), con material genético de los actores, incluyendo honorarios médicos, análisis, estimulación, extracción de óvulos, fecundación y criopreservación del embrión por un lapso de hasta 24 meses, conforme con la recomendación del profesional médico tratante. Con costas. Para así resolver, el -a quo sostuvo que el derecho a la salud es impostergable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan a las necesidades concretas del solicitante.

Consideró que, de acuerdo con el precedente -Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho 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 a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Agregó que del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva y, en consecuencia, la prohibición de restricciones innecesarias y desproporcionadas para ejercer las decisiones reproductivas. Señaló que en el presente caso se encuentra acreditado que la coactora, Señora E.M.T.C, carece de útero desde el año 2013 como consecuencia de una peritonitis que la afectó (histerectomía), aunque ello no esterilizó su capacidad ovárica, y que el demandado fundó su negativa a brindar la cobertura requerida aduciendo que -como consecuencia de la mencionada patología- la única forma de gestación posible es la gestación subrogada, procedimiento que no está contemplado en la Ley 26862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de

reproducción médicamente asistida. En tal sentido, estimó que la interpretación de la Ley 26862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud, y que la norma se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos. Citó precedentes jurisprudenciales y publicaciones de doctrina vinculadas a la gestación por sustitución, concluyendo -con apoyo en el dictamen favorable del señor Fiscal de Cámara- que la cobertura de la criopreservación de embriones se encuentra expresamente contemplada en el art.2º del Decreto Reglamentario 956/13 y que esa sola razón basta para acoger la acción de amparo y condenar a la obra social a otorgar la cobertura integral (100%) del procedimiento, en atención también a que la mencionada disposición no establece requisito alguno, límites, ni topes a la cobertura.

Sostuvo, finalmente, que la cuestión atinente a la filiación excede el marco de la pretensión, pues no se discute el emplazamiento filial sino la cobertura del tratamiento de fertilización in vitro, con material genético de los esposos y la criopreservación de los embriones, -entendiendo que, a hoy, la realidad es que la coactora no tiene útero y que la única forma de su evolución sería mediante su implantación en un vientre sustituto (gestación por sustitución) (v. fs. 198). Señaló que del informe psicológico se desprende que la coactora -tiene claridad y comprende que a partir de la transferencia de un embrión a una mujer denominada gestante, sin aportar su material genético, llevará adelante, en caso de que se produzca, un embarazo, y que respecto al matrimonio, los actores -consideran al proceso de gestación por sustitución como una oportunidad para ser padres, poniendo finalmente de relieve la profesional que -la señora dio cuenta del apoyo de su mejor amiga como posible gestante y de sus sobrinas (v. fs. 198 y vta.). En base a todo ello, el -a quo sostuvo que, si bien se realizó un abordaje integral de la temática y se analizaron las múltiples aristas en juego, resultaba necesario atenerse -a lo que los actores han reclamado y no hacer futurología (v. fs.201). En ese entendimiento, concluyó que lo que la jurisdicción debe resolver es la cobertura pretendida que busca concretar un plan de vida familiar que los actores se trazaron, y que es fruto de una convicción personal y firme, esto es, -su voluntad de ser padres biológicos de un/a - niño/niña a partir de los avances científicos que le permiten cristalizar esa decisión de vida, acudiendo a una técnica que está a su alcance; que está contemplada en la legislación vigente, y que -por ende- la obra social debe cubrir (v. fs. 201).

En su memorial de agravios (v. fs. 208/221) el Instituto Provincial de Salud de Salta sostiene que la sentencia apelada carece de debida fundamentación y razón suficiente, y que los argumentos vertidos para justificar la condena son escuetos. Esgrime, en ese sentido, que la Ley

26862 y el Decreto Reglamentario 956/13 son claros en cuanto a que forma parte fundamental del procedimiento y técnica médico asistencial de reproducción humana asistida, el lograr un embarazo en la mujer que solicita el uso de esos procedimientos. Afirma que la práctica de fecundación in vitro (FIV) presupone la implantación del embrión en la mujer solicitante, y que en el caso concreto ello es de cumplimiento imposible dada la condición médica de la coactora, cuestión ésta que resultaba esencial para la adecuada solución del litigio, en la medida en que demuestra la absoluta necesidad de recurrir a la gestación subrogada para lograr que el embrión crioconservado se implante, procedimiento éste último que no se encuentra contemplado en la Ley 26862 ni en la reglamentación. Expone que desde la fecundación existe un ser humano y debido a esa existencia posee una vida y una dignidad de las que debe dar cuenta el régimen jurídico para su amparo.

Asegura que el embrión es una persona y, por tal circunstancia, la crioconservación no es legal en el sistema jurídico argentino. Manifiesta que ni la Ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, ni el Código Civil y Comercial mencionan la gestación por sustitución como un tratamiento de reproducción humana asistida, y entiende que dicho vacío legal debe leerse como prohibición. Asegura que en el marco de las competencias no delegadas por la provincia de Salta a la Nación se lo habilitó, como obra social, a nombrar las prácticas bajo examen y que, en virtud de ello, dictó la Resolución 29-D/2014 en la que se estableció que las prácticas que corresponden al tratamiento de fertilización médicamente asistida tienen una cobertura del 80%, siendo el 20% restante a cargo del afiliado. Finalmente, se agravia por la condena en costas y argumenta que en la sentencia se reconoce el vacío normativo y se entiende la defensa introducida por su parte, pero pese a ello se las imponen a su cargo. Los amparistas contestan el traslado del memorial de agravios a fs. 228/230, solicitando el rechazo del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de fs. 181/202, sobre la base de los argumentos que allí se exponen. A fs. 239/246 vta. emite dictamen el señor Fiscal ante la Corte Nº 1, pronunciándose por la procedencia del recurso de apelación, y a fs. 247 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

2º) Que el amparo constituye el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Constitución Nacional. Resulta por ello, la vía adecuada para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos, 325:292 y sus citas; 326:4931 , entre otros).

Dicha tutela, tiene dicho esta Corte, opera frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (esta Corte, Tomo 112:451; 192:331; 200:73, entre otros).

3º) Que a los fines de dar tratamiento a los agravios expuestos por el demandado, resulta conveniente señalar las particularidades fácticas que rodean el caso. En tal sentido, la pretensión deducida por los amparistas, tal como fue expuesta, tuvo por objeto la cobertura integral al 100% del costo de dos módulos que forman parte del tratamiento de fertilización in vitro con material genético propio, incluyendo los gastos de medicación, prácticas, consultas, estimulación, extracción de óvulos, su fecundación y la consecuente crioconservación del embrión, los honorarios, y todo costo que resulte necesario para la preservación de su derecho a ser padres.

Especificaron en tal sentido, que la solicitud se ceñía exclusivamente a la extracción, fecundación y crioconservación de embriones, sin estar incluida la transferencia e intento de implementación de los mismos (conf. fs. 3 y vta.). En sustento de tal petición, indicaron que el cuadro clínico de la señora T.C -histerectomía, sumado a su edad (35 años)-, resultaban factores relevantes a considerar en la práctica en cuestión. Explicaron que dada la afección señalada, la reserva ovárica y la calidad de los óvulos disminuyen notablemente cada año, por lo que se estimaba oportuna la extracción de sus óvulos y la posterior fecundación con material genético de su esposo. Enfatizaron que era su voluntad concretar el deseo de ser padres. Postularon que al rechazar la prestación, la obra social ignoró la finalidad de la Ley Nacional de Fertilización Asistida 26862 y su Decreto Reglamentario 956/13. En concreto, indicaron que la decisión tomada resultó arbitraria al apartarse de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 8º de la mencionada ley. A su turno, la accionada alegó que la situación médica de la señora T.C le impide gestar por sí misma, lo que conlleva que la finalidad de la cobertura peticionada se traduzca en una posterior subrogación de vientre, cuestión que según entiende, desnaturaliza el objetivo señalado en el art. 2º de aquella ley, que es la consecución de un embarazo. Agregó en abono de su postura, que la regulación de dicha práctica ha sido deliberadamente omitida en dicha ley y en el Código Civil y Comercial, por lo que debe tenérsela como prohibida y que la doctrina jurídica-bioética ha señalado sus inconvenientes (conf. fs. 106/111 vta.).

Frente a la decisión adversa a sus pretensiones, el demandando interpone la apelación bajo análisis aduciendo que la cuestión referida ha sido soslayada por el juez de la instancia anterior, emitiendo un decisorio desprovisto de fundamentos y en apartamiento a la ley vigente. Asimismo se agravia en relación a la crioconservación ordenada y a la imposición de costas a su parte.

4º) Que la complejidad del caso traído a examen radica en la diversidad de fuentes que concurren para su definición. En tal sentido, no cabe perder de vista que a partir de la consagración de los tratados internacionales de derechos humanos como parte integrante del plexo constitucional, sus disposiciones también se dan cita, junto con las previsiones constitucionales -nacionales y provinciales- y las leyes dictadas sobre el tópico, en la exégesis que debe realizar el intérprete para dilucidar el caso traído a su juzgamiento.

5º) Que con arreglo a ello, corresponde recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos, 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos, 316:479; 324:3569 ). Tampoco existe margen de dudas a que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; CSJN, Fallos, 321:1684 ; 323:1339 y 3229 , entre otros).

Y es que la salud, como valor y derecho humano elemental también se encuentra asegurada en diversos instrumentos comunitarios e internacionales que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75, ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3º y 25, inc. 2º; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10, inc. 3º y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 2º, 4º y 5º; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 2.1; 3.1 y 2º; 4º, 1ª parte y 24, inc. 1º, entre otros. Tal reconocimiento parte de concebir al hombre y a la mujer como unidad biológica, psicológica y cultural, en relación con su medio social y esto implica proteger y garantizar el equilibrio físico, psíquico y emocional de las personas, según la Organización Mundial de la Salud – en adelante la OMS-. La protección que garantizan las normas y preceptos constitucionales no puede estar condicionada a la inclusión o no de los tratamientos en los programas médicos. Ello es así, porque el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos no necesita justificación alguna, sino por el contrario, es la restricción que se haga de ellos la que debe ser justificada (esta Corte, Tomo 91:603; 125:1027; 142:771; 204:865). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que esa protección que merece en nuestro ordenamiento el derecho a la salud, lo convierte en un derecho que dista de ser teórico y debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, donde penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las

semipúblicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio).

6º) Que lo señalado expande sus efectos a la salud reproductiva, la cual, tiene una posición de privilegio en el ámbito del derecho a la salud al haber sido considerada como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y a planificar la familia que desea formar, según su libre elección. Del mismo modo, importa el acceso a los métodos alternativos a la fecundación natural, de acuerdo al grado de desarrollo de la tecnología disponible. Así lo dejó plasmado el Párrafo 7.3 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo (CIPD): los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos 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 a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Esta definición de los derechos reproductivos fue refrendada en la Cuarta Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer - conf. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (<https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/RRHRspan0906quinta.pdf>). Por su parte, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo. El estándar de «salud» y «bienestar», en cuanto a los derechos reproductivos refiere, importa la conjunción de otros derechos y garantías que integran el contexto en análisis y deben ponderarse ante una afectación directa de aquellos.

(conf. Robert Alexy, «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», Editada y traducida por Rubén Sánchez Gil, cit.on line: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>). A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con

Discapacidad prescribe que, por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Estos consisten en las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Especial referencia merece por cierto, la mujer con discapacidad (art. 6, punto 2), pues los Estados Partes signatarios asumieron el compromiso de tomar todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la Convención; y puntualmente, el art. 23, inc. b) establece el respeto al derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener, el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro; a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad; y a que se le ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos, debiendo, entre ellos, adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud.

Resulta propicio señalar también, que la CEDAW, instrumento señero de protección de los derechos de las mujeres, consagra en su art. 16, inc.e) su derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. Asimismo, nuestro país participó de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 que entre otras cosas, plasmó que la mujer tiene derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. El disfrute de ese derecho es esencial para su vida, su bienestar y para su capacidad de participar en todas las esferas de la vida pública y privada. La salud no es solo la ausencia de enfermedades o dolencias, sino un estado de pleno bienestar físico, mental y social (párr. 89). 7º) Que cuando se consideran las técnicas de reproducción humana asistida debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la dignidad humana del embrión que ha de ponerse en cotejo con los derechos reproductivos de los demandantes, representa un factor de especial trascendencia la

definición del destino que ha de darse al fruto de la fecundación, lo que de no precisarse, llevaría a que la justicia adopte un posicionamiento de evolución incierta en una materia de suyo trascendente y plena de ulterioridades respecto de los derechos de los peticionantes y de terceras personas.

La consideración del peso de los principios en juego debe, por ello, ser llevada a cabo con una concreta valoración que no puede descuidar que las pretensiones arraigadas en el derecho a la salud reproductiva y a la formación de una familia, deben proponerse de un modo serio, promoviendo la realización de procedimientos científicos concretos y despejando, en la mayor medida posible, una situación de incertidumbre sobre el destino de la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona, lo que lo hace pasible de protección en nombre de la dignidad humana (caso TEDH, Caso Vo. Vs. Francia, (No.53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 75, 82, 84 y 85).

8º) Que la CSJN en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe «garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos» (Fallos, 327:3677; 332:2043) y «garantizar», significa «mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas», según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las «condiciones de vigencia» de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos, 332:709 ).

9º) Que en el marco de indefinición que impera desde la sanción del Código Civil y Comercial en torno a la regulación legal de la gestación por sustitución y del estatus jurídico de los embriones, no cabe sino considerar que los alcances del derecho a la salud reproductiva vinculados con estos aspectos sean definidos por los jueces, recurriendo a las diversas pautas interpretativas que ya fueron objeto de mención.

Las consecuencias de la falta de regulación normativa, han sido analizadas por prestigiosa doctrina que ha expuesto la imposibilidad de que la denominada maternidad subrogada sea considerada lisa y llanamente prohibida, en función del principio de reserva consagrado en el art. 19 de



la Constitución Nacional (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lam Eleonora, Herrera, Marisa «Regulación de la gestación por sustitución L.L. 10/09/2012, 1, E - 960 cita on line:AR/DOC/474772012; Gil Domínguez, Andrés, «La gestación por sustitución como derecho fundamental y humano», cita on line: AR/DOC/4217/2015).

10) Que esto es lo que ha ocurrido en el presente caso, donde la cuestión central en torno a la posibilidad de que el embrión fecundado y crioconservado que resulte de la prestación medica petitionada, sea implantado en una tercera persona distinta de la señora T.C, que constituyera el principal argumento de rechazo a la acción instaurada por parte de la demandada, ha sido objeto de específica consideración en la sentencia dictada el 06/03/2020 por la jueza del Juzgado de Personas y Familia de Quinta Nominación, en los autos caratulados «T.C.,E.M.;T.,J.I.; T.,R.N. - Autorización Judicial» Expte. Nº 673.953/19, que se tiene a la vista, conforme constancia de reserva en secretaria de fs. 260.

En efecto en aquellas actuaciones los aquí actores solicitaron autorización judicial para llevar adelante una gestación por subrogación, la que tuvo acogida favorable. Posteriormente, se verifica que la señora T.R.N. -quien se había ofrecido a llevar adelante la gestación por sustituciónrenunció a continuar con el trámite iniciado por razones de índole personal - conf. fs. 126 del expediente citado. No obstante ello, el matrimonio inició un nuevo pedido de autorización con idéntica finalidad al anterior, acompañados por M.A.T. -sobrina de la actora-, quien se presenta voluntariamente para asumir la gestación por sustitución en los autos caratulados «T. C., E. M.; T., J. I.; T., M. A. - Autorización Judicial» Expte. Nº 714.518/20, de trámite por ante el mismo juzgado que intervino en el pedido anterior, el cual también se tiene a la vista -conf. reserva en Secretaría de fs.260-. De las constancias reservadas, surge que la señora jueza interviniente, valorando los elementos de convicción acompañados (informes psicológicos, psiquiátricos y ambientales) y habiendo escuchado a los involucrados, concluyó que la señora M.T.A. -voluntaria subrogante- es apta para el procedimiento al que se someterá, que comprende el alcance y las consecuencias del mismo en caso de resultar exitoso, y que sobre todo, quedó demostrada su aptitud física y psicológica, sumado a que su colaboración como «futura gestante» lo es motivado por un auténtico y sincero afecto que la une a sus tíos, a la vez que es el resultado de una decisión reflexionada y no intempestiva o bajo presión. Sobre tales bases, autorizó la gestación por sustitución solicitada y dispuso que el consentimiento informado deberá ser prestado en la Clínica donde se efectuará la implantación del embrión. Pues bien, este nuevo pronunciamiento, al igual que su antecedente, concurre a desvirtuar los agravios que ponen en tela de juicio que la finalidad última de las prácticas solicitadas sea la consecución de un embarazo. Pero

además, resulta demostrativo de que han sido meritados los diferentes aspectos que coadyuvan a la conclusión de que tal embarazo en cabeza de la futura gestante es posible. Lo dicho no pierde de vista que desde la óptica de las críticas esbozadas por la recurrente, no solo es preciso que las técnicas solicitadas sean enderezadas a la consecución de un embarazo, sino que postulan que éste debe ser posible en la mujer que solicita el uso de las técnicas.

Sin embargo, el añadido, constituye una precisión que el texto de la norma no contiene. En efecto, de la lectura del art.2º de la Ley 26862 se colige que «se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo» (el resaltado no pertenece al texto original), extremo que se replica de manera idéntica en el Decreto 956/13 que la reglamenta (art.

2). Sobre tales bases, la tesis de la accionada desconoce la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue (conf. Fallos, 304:226; 327:608 ; 330:971 , 2304, entre otros).

Es que, lo que la ley veda es que pueda pretenderse la cobertura de técnicas de alta complejidad tendientes a lograr una fecundación in vitro y la obtención de embriones como resultado de la práctica para una finalidad distinta de la consecución de un embarazo, aun cuando ésta pueda no ser inmediata.

Más no especifica, del modo en que lo ensaya la accionada, que deba mediar identidad entre la persona que solicita la práctica y quien vaya a llevarlo adelante.

11) Que en las condiciones descriptas, la negativa del demandado a cubrir las prácticas solicitadas carece de adecuado sustento.

Cabe señalar que la citada Ley 26862, en relación a la cobertura, dispone que deberá ser integral e interdisciplinaria en cuanto al abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge; pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación.».

En su segundo apartado, puntualiza, que también quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y

habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de 18 años, que aún no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro». A su vez, el Decreto 956/13 que reglamenta la ley, consigna que ésta tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida; en la que prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Explica que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana; que ha sido intención del legislador la de ampliar derechos teniendo en cuenta los tiempos de cambios y de mayor inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y justa. A nivel local, la Ley 7964 que regula el uso de las técnicas de reproducción humana asistida por parte de los efectores públicos, dependientes del Ministerio de Salud Pública, y de los prestadores del demandado (art. 1º), dispone -en sentido coincidente con la legislación nacional-, que por técnicas de reproducción humana asistida se entiende a todos los tratamientos o procedimientos para la generación y consecución de un embarazo. Agrega incluso que éstas solo se realizarán cuando haya posibilidades razonables de éxito, las cuales deberán ser acreditadas científica y clínicamente, y no supongan riesgos graves para la salud física o psíquica de la persona o descendencia (art. 2º).

12) Que en este marco, en el que las prácticas solicitadas se encuentran previstas por la normativa y ha quedado desvirtuado que con ellas se persiga un fin distinto de la consecución de un embarazo, los agravios de la impugnante sobre este punto, carecen de total asidero.

13) Que seguidamente, cabe considerar las objeciones vinculadas a la crioconservación admitida en la anterior instancia.

Alega la obra social al respecto que no se encuentra regulada y que en tal sentido, debe entenderse como una práctica prohibida. Agrega en abono de su crítica la condición de persona del embrión y el reconocimiento de sus derechos como tal.

14) Que el recurrente no rebate lo señalado en el fallo, en cuanto a que se trata de una práctica explícitamente descrita en el art. 2º del Decreto Reglamentario 956/13 al describir las técnicas de alta complejidad, y referenciada en el art. 8º del mismo ordenamiento -cuando alude a la donación de embriones-. En tales condiciones, por tratarse de una práctica expresamente admitida en la legislación, el agravio esgrimido carece de todo andamiaje y corresponde su desestimación.

15) Que por otro lado, corresponde examinar el agravio vinculado con la condena a cubrir el 100% de lo peticionado. Sobre esta cuestión, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse con anterioridad y contra la misma accionada. Memorando tal doctrina, se ha dicho que el argumento ofrecido en sustento para reconocer la cobertura en un 80% debe desestimarse por expresa aplicación del ordenamiento jurídico que, tanto en el orden federal como en el provincial, dispuso la cobertura «integral» en materia de tratamientos de fertilización médica asistida -art. 1º de la Ley 7964 y art. 8º de la Ley 26862- (conf. Tomo 213:563; 226:503).

Ello así, la Resolución 29-D/2004 dictada por la obra social que nomenció la cobertura de la práctica con un alcance restringido, se traduce en un obstáculo real en el goce efectivo del derecho bajo examen, pues condiciona el acceso a las prácticas previstas por la ley para sus beneficiarios, lo cual, evidencia un apartamiento de los alcances previstos por la normativa señalada. No puede soslayarse entonces, que la ley da garantía a quienes quieran acceder a los métodos de fertilización asistida, que no habrá obstáculos de índole económico impeditivos de su realización y así, establece la obligatoriedad a los subsectores público, de la seguridad social y privado de la salud, de prestar la asistencia médica integral de la fertilización humana asistida (esta Corte, Tomo 179:321).

16) Que finalmente, el recurrente se agravia en cuanto a la imposición de costas decidida en su contra. Alega que el juez «a quo» incurrió en contradicción puesto que, pese reconocer que la existencia de un vacío normativo coadyuvaba en la negativa a brindar originariamente la cobertura, igual condenó a su parte. Liminarmente, es dable recordar que en relación al régimen de costas en el amparo, el art.87 de la Constitución Provincial nada ha previsto, por lo que es de aplicación el noveno apartado de ese precepto, en cuanto expresa que «todas las contingencias procesales no previstas en este artículo son resueltas por el juez del amparo, con arreglo a una interpretación de esta Constitución».

Tratándose el amparo de un trámite indiscutiblemente bilateral y contencioso, con una parte actora y otra demandada, aquella facultad de los jueces interpretada rectamente como dice la Constitución, lleva a aplicar, en materia de costas, la regla procesal moderna del art. 67 del C.P.C.C. que las hace soportar al perdedor, siguiendo el principio objetivo

de la derrota, no en calidad de sanción sino como reconocimiento de los gastos que se ha visto obligado a afrontar el vencedor. Bajo tal tesitura, el apartamiento del principio general es de carácter excepcional, por lo que se aplica únicamente cuando existan razones fundadas para ello.

Debe observarse que la imposición por el orden causado nunca puede resultar del mero arbitrio, sino primordialmente, cuando el juez que toma la decisión de apartarse de la regla general comprueba que efectivamente razones de estricta equidad aconsejan adoptar ese temperamento. Así, el abandono del principio objetivo y la consiguiente exención de costas a favor del vencido, deben justificarse en causas muy fundadas que tornen manifiestamente injusta su imposición a dicha parte, tales como la configuración de una situación compleja o dificultosa, la novedad de la cuestión, la existencia de doctrina y jurisprudencia contradictorias, el cambio de las mismas y la ausencia de previsión legislativa, entre otras (esta Corte, Tomo 80:117; 184:987).

En el -sub lite, se configuran no solo alguna de ellas, sino varias. En efecto, la cuestión examinada presentaba matices que permiten caracterizarla como una situación compleja, donde tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de relieve posiciones discordantes. Asimismo, y por sobre todo, ocurre que las normas relativas a las técnicas de reproducción humana asistida, en tanto abarcan prácticas bioéticas que no se encuentran del todo definidas, mantienen vigentes debates que se actualizan en cada oportunidad que cabe a los jueces interpretar e integrar su análisis, por lo que puede haberse presupuesto un vacío normativo para el caso por la accionada. En este marco, se estima conducente apartarse del principio objetivo de la derrota, en tanto las razones excepcionales mencionadas, así lo aconsejan.

17) Que en virtud de todo lo hasta aquí expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso, exclusivamente en cuanto a las costas, e imponerlas, en ambas instancias, por el orden causado (art. 67, segundo párr. y 273 del C.P.C.C.). El Dr. Ernesto R. Samsón, dijo: 1º) Que por sus fundamentos, adhiero al voto que antecede. La Dra. Adriana Rodríguez Faraldo, dijo: 1º) Que adhiero al voto que abre el presente acuerdo con excepción del considerando 7º).

El Dr. Guillermo Alberto Catalano y las Dras.

María Alejandra Gauffin y Teresa Ovejero Cornejo, dijeron: 1º) Que adherimos a la relación de la causa efectuada en el voto que abre el presente acuerdo, más disentimos con la solución que se propicia, por los fundamentos que seguidamente exponemos.

2º) Que, de acuerdo con pacífica doctrina de esta Corte, el amparo solo procede contra actos u omisiones ilegales de la autoridad o de

particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos explícita o implícitamente consagrados por la Constitución Provincial. Para su procedencia se requiere, en consecuencia, que se invoque un derecho indiscutible, cierto y preciso, de jerarquía constitucional, que la acción u omisión cuestionada resulte manifiestamente arbitraria o ilegal, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (conf. Tomo 91:603; 119:495; 202:137, entre otros). Constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave solo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo.

Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, toda vez que la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni controlar el acierto o error con que cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (conf. CSJN, Fallos, 302:535; 305:2237; 306:788, entre otros).

3º) Que en la especie no se encuentra controvertido que los actores son afiliados del Instituto Provincial de Salud de Salta, así como tampoco que la señora E.M.T.C -como se describe en la demanda- tuvo un episodio de peritonitis compleja a causa de la cual se extirpó el útero (-Histerectomía), y si bien ello no afectó su capacidad ovárica, sí comprometió en definitiva la capacidad de la actora para procrear (conf. fs. 4 y vta.). En ese orden, los actores sostienen que mediante el amparo procuran -obtener la cobertura de la extracción, fecundación y crioconservación de óvulos sin estar incluida la transferencia e intento de implementación de los mismos, y que -el momento ideal para la realización de la extracción de óvulos, [y su] posterior fecundación genética [...] dando resultado un embrión y su posterior criopreservación, [...] es ahora. Ello así, pues, dado el factor etario, -las mayores probabilidades de éxito se dan con la realización de los tratamientos extracción y Fertilización in Vitro con material genético propio y su posterior criopreservación [...], intentando salvar los óvulos para decidir posteriormente los pasos para lograr el embarazo según alternativas médicas que todavía no han sido decididas (v. fs. 3, 3 vta. y 4). Ahora bien, dicha pretensión no puede desvincularse de los procedimientos posteriores para lograr la gestación de los embriones y la consecución de un embarazo. Aun cuando en la demanda se afirma que las alternativas médicas no han sido decididas todavía, esa afirmación resulta desvirtuada por las propias declaraciones de la parte actora en la audiencia de fs. 137/138 vta., de las que se desprende que el procedimiento que se

emplearía para la consecución del embarazo consiste en la gestación subrogada. En efecto, ante la pregunta del -a quo sobre el objetivo de la criopreservación de los embriones, la actora afirmó que -una de las posibilidades es la subrogación de vientre (fs. 137), alternativa que también fue reconocida inicialmente por la representante de los actores, quien sostuvo que -[h]oy piden la cobertura de los dos primeros módulos para que la señora pueda planificar su vida dentro de su esfera íntima, [...]que se ocupen de la extracción de material genético para poder formar embrión y que lo demás lo tienen claro pero eso lo deben decir al Juez en su momento cuando decidan realizar una subrogación de vientre (v. fs. 137 vta.). Sin embargo, luego la actora reconoce que su voluntad es recurrir a la gestación subrogada, no ya como una alternativa sino como la única posibilidad concreta. Así, ante la pregunta formulada por el Dr.

Benjamín Ruiz de los Llanos, Jefe del Servicio Médico del Poder Judicial, acerca de -si existe la persona sobre la que se va a implantar la carga genética, consta en el acta de la audiencia que -la actora expresa que se han informado al respecto y que sí existe la persona por eso realizan acompañamiento psicológico los tres, se trata de un familiar, afirmando seguidamente, con precisión, que -[e]l destino de los embriones es para sustitución de vientre (v. fs. 138).

Por su parte, en el informe de la profesional médica tratante, Dra. Mariana Rico, se afirma que -[l]a única forma que la pareja tiene para cumplir su deseo de ser padres es recurrir a la gestación por sustitución (v. fs. 139). Ello es corroborado también en el informe psicológico de fs. 148/159, en el que se consigna que los actores -consideran al proceso de gestación por sustitución como una oportunidad para ser padres (v. fs. 157). En esas condiciones, las constancias incorporadas a la causa permiten concluir que el objeto del amparo es la cobertura de los procedimientos de Fertilización asistida in Vitro con material genético propio y la criopreservación de los embriones, para su posterior implantación mediante la técnica de gestación subrogada. Esta circunstancia, sin embargo, no fue valorada en la sentencia recurrida, a pesar de que constituía uno de los elementos de juicio producidos durante la audiencia. De tal modo, lo resuelto importó un claro apartamiento de las constancias de la causa, que imponían la debida ponderación de un aspecto esencial para la correcta solución del litigio, con menoscabo de las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso (art. 18 de la Constitución Provincial).

4º) Que el derecho a la salud, del que forma parte el derecho a la salud reproductiva, como todos los derechos reconocidos constitucionalmente, no es absoluto sino que debe ser ejercido de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso

estime conveniente -en uso de las facultades conferidas por los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional-, con la única condición de no ser alterado en su substancia (conf. CSJN, doctrina de Fallos, 249:252; 319:1165; 321:3542 ; 325:11 , entre muchos otros). El derecho a la salud reproductiva se encuentra regulado por la Ley 26862, reglamentada por el Decreto 956/13, a través de la cual el legislador nacional ha procurado -garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicoasistenciales de reproducción asistida (art.1º), estableciendo -entre otros aspectos- cuáles son las prácticas que se encuentran incluidas (art. 2º) y quiénes son los sujetos obligados a brindar la pertinente cobertura (art. 8º). Asimismo, la norma legal dispone que los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida queden incluidos en el Programa Médico Obligatorio (art. 8º, cit.). Por su parte, la Provincia de Salta sancionó la Ley 7964 (publicada en el Boletín Oficial Nº 19.927, del 22 de diciembre de 2016), cuyo objeto es la regulación del uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) por parte de efectores públicos dependientes del Ministerio de Salud Pública, y de prestadores del Instituto Provincial de Salud de Salta, para promover el desarrollo familiar y controlar la disponibilidad, eficacia y seguridad de dichas técnicas en todo el territorio provincial (art. 1º). 5º) Que si bien la prestación reclamada en la demanda, es decir, el tratamiento de Fertilización asistida in Vitro con material genético propio y la criopreservación de los embriones, se encuentra incluida dentro de los procedimientos contemplados por la Ley 26862 y su decreto reglamentario, no puede omitirse que los actores han reconocido expresamente que la cobertura de ambas técnicas de alta complejidad (art. 2º, segundo párrafo, del Decreto 956/2013) se requieren con la finalidad de acudir posteriormente a la gestación subrogada para la consecución del embarazo.

Cabe señalar, en este sentido, que la gestación subrogada constituye una técnica de reproducción asistida que no se encuentra incluida, al presente, dentro de los procedimientos contemplados por la Ley 26862 y el Decreto 956/2013. En efecto, si bien el art. 2º de la norma legal deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones a los -nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, el mismo precepto establece expresamente que ello solo será posible -cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación. Como lo puso de relieve la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso -Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud, del 14 de agosto de 2018, el único límite que la Ley 26862 impone a la cobertura de las prestaciones que aseguren el ejercicio del derecho a la salud reproductiva, es el que - se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo (conf. Doctrina de Fallos, 338:779) o con aquellos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (art. 2º,



último párrafo de la ley) (conf. Fallos, 341:929). Al respecto, cabe reiterar que la gestación subrogada constituye un procedimiento que, hasta la fecha, no se encuentra autorizado por el Ministerio de Salud de la Nación en su carácter de -autoridad de aplicación de la Ley 26862.

6º) Que, es menester precisar, en el punto, que la gestación por sustitución se trata de un instituto que ha sido tratado y debatido arduamente en recintos legislativos -se han presentado numerosos proyectos de ley al respecto-, y también que ha sido analizado profundamente por la doctrina. Como es bien sabido, esta técnica de reproducción humana no alcanzó consensos para ser incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación, pues, habiendo sido incluida en el Anteproyecto redactado por la Comisión designada por el Decreto 191/2011 -art. 562, que además exigía la intervención judicial previa y la acreditación del cumplimiento, por parte de comitentes y gestante, de numerosos e ineludibles recaudos-, fue suprimida del texto definitivo por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, bajo el compromiso público de llevar adelante un debate parlamentario específico e interdisciplinario. Queda claro, de tal manera, que la actual ausencia de definición, regulación y autorización en el ordenamiento jurídico nacional, no responde a la falta de tratamiento legislativo o académico, ni a una omisión de la autoridad de aplicación de la Ley 26862, sino a la falta de acuerdo sobre la cuestión. Deviene inadmisibile, entonces, que sean los jueces o tribunales -y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, la práctica médica referida. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (doctrina de Fallos, 315:2443; 318:1012 ; 329:5621 , entre muchos otros). 7º) Que, con arreglo a lo expuesto, cabe concluir en que la negativa de la obra social demandada a autorizar la prestación reclamada, con sustento en la falta de autorización de la gestación subrogada en el marco de los procedimientos autorizados por la Ley 26862, no se exhibe -en el caso concreto- como un acto manifiestamente arbitrario o ilegal que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo exigidos en el art. 87 de la Constitución Provincial. Por lo expuesto, corresponderá hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 203 y, en su mérito, revocar la sentencia de fs. 181/202. Con costas por el orden causado en ambas instancias en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 67, -in fine, del C.P.C.C.). La Dra. Sandra Bonari, dijo:

1º) Que contra la sentencia de fs.181/202 que hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Instituto Provincial de Salud de Salta a otorgar cobertura integral (100%) de dos módulos que forman parte del tratamiento FIV (Fecundación in vitro), con material genético propio de los amparistas, incluyendo honorarios médicos, análisis, estimulación, extracción de óvulos, fecundación y criopreservación del embrión por un lapso de hasta 24 meses conforme con la recomendación del profesional médico tratante, con costas; el apoderado del Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) interpone recurso de apelación a fs. 203. Al expresar agravios (fs. 208/221), la demandada sostiene que la sentencia carece de fundamentación y que los argumentos vertidos para justificar la condena son escuetos. Esgrime que tanto la Ley 26682 como su Decreto reglamentario 956/13 son claros en cuanto a que la obtención de un embarazo en la mujer que solicita el uso de esos procedimientos forma parte fundamental del procedimiento.

En segundo lugar, y vinculado al agravio precedente, afirma que la práctica de la Fecundación in Vitro (FIV) presupone la implantación del embrión en la mujer solicitante y que, en el caso, ello resulta de cumplimiento imposible dada la condición médica de la coactora. Refiere que este aspecto, que resulta esencial para la solución del litigio, no fue analizado por el -a quo. En tercer lugar, expone que desde el momento de la fecundación existe un ser humano que, como tal, posee una vida y una dignidad de la que debe dar cuenta el régimen jurídico para su amparo.

Asevera que el embrión es una persona y por esa razón la criopreservación es ilegal en el sistema jurídico argentino. Cita en respaldo de su argumentación el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cuarto lugar, afirma que la forma en que se resolvió el caso hace necesario recurrir a -la gestación subrogada para lograr que el embrión criopreservado sea implantado en la señora T.C, procedimiento que no se encuentra contemplado en la Ley 26682 ni en el Código Civil y Comercial. Arguye que dicho vacío legal debe ser entendido como una prohibición a la aplicación de este procedimiento.

En quinto lugar, cuestiona el alcance de la cobertura ordenada al señalar que, en el marco de las competencias no delegadas por la Provincia de Salta a la Nación, se la habilitó como obra social a nombrar la práctica bajo examen y que, en ejercicio de sus competencias, dictó la resolución 29-D/2014 que estableció que las prácticas que corresponden al tratamiento de fertilización medicamente asistida tienen una cobertura del 80%, siendo el 20% restante a cargo del afiliado. Finalmente, se agravia de la distribución de las costas. Argumenta que el sentenciante, pese a reconocer el vacío normativo imperante en la temática, igualmente

impuso las costas a su cargo. A fs. 228/230 la apoderada de los accionantes contestan el traslado del memorial de agravios y solicitan el rechazo del recurso de apelación por los motivos que allí explicitan. A fs. 239/246 vta. emite su dictamen el señor Fiscal ante la Corte N° 1, y a fs. 247 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme. 2º) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita e implícitamente allí consagrados. La viabilidad de este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (conf. esta Corte, Tomo 64:137; 65:127, 315, 629; 69:917; 192:331, entre otros). Así, el amparo constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave solo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo.

Debe tratarse de la vulneración de garantías constitucionales pues la razón de ser de la acción de amparo es la de proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (conf. CSJN, Fallos, 305:2237; 306:788, entre otros).

De modo que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna, frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J. Tomo 1985-II, pág. 452; esta Corte, Tomo 112:451; 192:331, entre otros). 3º) Que la presente acción de amparo, tiene por objeto el reconocimiento por parte del I.P.S. de la cobertura integral del costo de dos módulos que forman parte del tratamiento de Fertilización in Vitro (FIV) con material genético propio, incluyendo los gastos de medicación, prácticas, consultas, estimulación, extracción de óvulos, su fecundación y la consecuente crioconservación del embrión, los honorarios y todo otro costo que resulte necesario para la preservación del derecho de los actores a ahijar. Especificaron los actores en tal sentido, que la solicitud se ciñe exclusivamente a la extracción, fecundación y crioconservación de embriones, sin estar incluida la transferencia e intento de implantación de los mismos (conf. fs. 3 y vta.).

Liminarmente, en atención al material de agravios expuestos por el I.P.S. y la forma en que será resuelta la presente apelación, es necesario destacar que en el marco de los expedientes 673.953/19 caratulado -T.C.,

E.M.;T., J.I.;T.,R.N.por autorización judicial, y 714.518/20 caratulado - T.C., E.M., T., J.I.; T., M.A.

- autorización judicial (cuya reserva en secretaría obra a fs. 260), la aquí parte actora promovió ante el Juzgado de Personas y Familia de Quinta Nominación del Distrito Judicial del Centro, el trámite de autorización judicial para la realización de la práctica médica de -gestación por sustitución. En esta última causa la señora jueza resolvió, previa intervención del Ministerio Público Fiscal, hacer lugar al pedido de autorización para realizar el tratamiento solicitado; declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del C.C.C. y ordenó que en caso de que nazca un niño/a por la técnica autorizada, se lo inscriba ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijo/a de la parte actora y no de la gestante. De tal manera, toda vez que constituye un imperativo para la judicatura decidir las causas sometidas a su juzgamiento atendiendo al estado de cosas existentes al momento de resolver, no resulta posible prescindir de las mentadas constancias que tienen directa vinculación con la presente, y en la cual ya fueron resueltas -en un marco de mayor amplitud probatoria- algunas de las cuestiones que a través de el recurso en análisis el I.P.S. pretende discutir.

4º) Que del examen de las constancias de autos ha quedado indiscutido por no haber sido controvertido, que la pareja actora se encuentra afiliada al I.P.S.y que la señora E.M T.C en la actualidad carece de la posibilidad de gestar al habersele realizado una Histerectomía (extirpación del útero). Tampoco fue objeto de controversia, que esa circunstancia no afectó su capacidad de ovular, es decir continúa produciendo óvulos, no obstante lo cual posee endometriosis y/o quistes que, de manera progresiva, provocan la disminución de la reserva ovárica.

Ello, sumado a la edad (35 años al momento de la interposición de la demanda), tornan a la solicitud objeto esta litis como la única posibilidad con que cuenta para diseñar junto a su esposo su proyecto de familia con hijos que compartan sus genes.

5º) Que de lo expuesto, se colige que en la especie se encuentra comprometido el derecho a la salud de los actores. El reconocimiento y protección de la salud como un derecho fundamental surgen de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular, de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano elemental también se encuentra asegurada en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75, inc. 22 de la C.N., entre los que cabe

mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3º y 25, inc. 2º; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10, inc. 3º y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 2º, 4º y 5º.

Tal reconocimiento parte de concebir al ser humano como unidad biológica, psicológica y cultural, en relación con su medio social y esto implica proteger y garantizar el equilibrio físico, psíquico y emocional de las personas, según la Organización Mundial de la Salud. La protección que garantizan las normas y preceptos constitucionales no puede estar condicionada a la inclusión o no de los tratamientos en los programas médicos. Ello es así porque el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos no necesita justificación alguna, sino por el contrario, es la restricción que se haga de ellos la que debe ser justificada (conf. esta Corte, Tomo 91:603; 125:1027; 142:771). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que esa protección que merece en nuestro ordenamiento el derecho a la salud, lo convierte en un derecho que dista de ser teórico y debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, donde penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). De tal manera, se encuentra en juego no solo el derecho a la salud de la pareja actora en su concepción general, sino concretamente la salud reproductiva, a más de otros derechos que tienen íntima vinculación como el de acceder a los avances científicos; a recibir protección dentro del ámbito de la vida privada y familiar; y a planificar y formar una familia. En este sentido, este último derecho debe ser entendido como comprensivo de las diversas formas de vida familiar producto del desarrollo constitucional del derecho de familia, y de variados hechos y transformaciones producto de la inserción laboral, profesional, social, económica y cultural de las mujeres; el avance de la biotecnología, que abre camino a un nuevo modelo más democratizado, basado en la autonomía personal y la libertad de decisión, superándose las relaciones de subordinación que caracterizaron el modelo tradicional, para dar lugar a las relaciones de coordinación en el modelo actual, donde la persona es el eje de las relaciones familiares (conf. Krasnow, Adriana Noemí, - Filiación, Niñez y Género en Clave Interdisciplinar, Capítulo V - Filiación, Género y Justicia, redactado por Brunetti, Andrea Mariel, 1º Edición Erreius, pág. 131). Por ello, y siendo el eje del sistema la persona, los mentados derechos humanos deben ser analizados de acuerdo al principio -pro homine que determina que el intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana y, por el contrario, a desestimar la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio (conf. CSJN, Fallos, 330:1989 ).

6º) Que en base a tales parámetros, corresponde adentrarse en el análisis de los agravios del I.P.S.

En ese orden, cabe desestimar el primer agravio vinculado a que las T.R.H.A. deben tener como finalidad lograr el embarazo en el cuerpo de la mujer que solicita su aplicación, por resultar infundado.

En efecto, el art. 2º de la Ley 26862 expresa -a los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Esta redacción, que se replica de manera idéntica en el art. 2º del Decreto reglamentario 956/13 de ningún modo exige, como lo postula la apelante, que el embarazo deba producirse en la persona que solicita el tratamiento.

La opinión propuesta, además de apartarse del texto expreso de la norma al añadir un requisito no previsto, resulta contraria a las pautas interpretativas de los arts. 1º y 2º del C.C.C., en especial de aquella que impele no distinguir allí donde la ley no distingue (conf. Fallos, 304:226; 330:971, entre muchos otros). Es que lo que la ley veda, es que pueda pretenderse la cobertura de técnicas de alta complejidad tendientes a lograr una F.I.V. con una finalidad distinta de la consecución de un embarazo (fines experimentales, transferencia de embriones al útero de otra especie o viceversa, y cualquier otro tipo de manipulación genética). Precisamente para ello, el art. 9º de la Ley 26994 difirió la protección del embrión no implantado al dictado de una ley especial, con la finalidad de evitar su utilización con un destino diferente a la reproducción.

Pero de ninguna manera prescribe, tal como lo postula el I.P.S. que debe mediar identidad entre la persona que solicita la práctica y quien vaya a llevar adelante el embarazo. Tal hermenéutica conspira con la verdadera finalidad de la Ley.

7º) Que en concordancia con la conclusión a la que se arriba en el considerando precedente, corresponde desestimar el agravio relativo a que la condición médica de la coactora le impediría ser gestante, ya que tal aseveración no resulta acorde a las constancias de la causa.

Ello así toda vez que en la audiencia del 10 de junio de 2019 (v. fs. 137/138 y vta.) la letrada de la accionante expresó con claridad al -a quo y a la contraparte que la gestación por sustitución es solo una de las posibilidades con que cuenta la señora T.C para ser madre. Puso de manifiesto allí que su cliente tendría como alternativa la posibilidad de realizarse un trasplante de útero, tratamiento que requiere también la F.I.V. y la criopreservación de embriones. Con relación a la viabilidad de este tratamiento, novedoso por cierto, se ha señalado que -el desarrollo científico y tecnológico, vertiginoso, sorprendente y no pocas veces

desconcertante, presenta en los días que corren su más destacada novedad en el área de la medicina reproductiva: el trasplante uterino. Se trata de un procedimiento complejo, que combina Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) con técnicas propias del trasplante, a través del cual una persona con aparato reproductor femenino e imposibilitada de llevar adelante el proceso gestacional, recibe de otra un útero sano, con la finalidad de lograr el embarazo y nacimiento de un niño o niña. La evolución y perfeccionamiento de las TRHA, así como las investigaciones sobre la identidad biológica entre donantes y receptores (histocompatibilidad), el surgimiento de medicación que permite evitar el rechazo de los órganos trasplantados (inmunosupresión) y su adecuada conservación (máxime cuando provienen de donante cadavérico) han allanado el camino para que hoy sea posible la realización de este especial tipo de trasplante en humanos. Se trata de una alternativa revolucionaria, pues pacientes sin chances de gestar, ahora puedan intentar hacerlo con perspectivas harto positivas respecto de sus resultados (Zuccarini, Ayelén; El transplante de útero. Proyecciones Jurídicas de nuevas forma de acceder a la parentalidad; Publicado en: LA LEY 03/10/2019, 1 – LA LEY 2019-E, 894). La complejidad de esta alternativa queda a la vista en atención al proceso, a los recursos humanos y económicos que demanda ya que -la ablación e implante del órgano integran solo una de las instancias que incluye el trasplante. Antes y como primera medida, la potencial receptora deberá crioconservar embriones, pues la obtención de óvulos en una persona ya trasplantada e inmunodeprimida aumenta el riesgo de que se produzcan ciertas complicaciones, como infecciones o hemorragias.

Luego tendrá lugar el trasplante propiamente dicho y, una vez verificado el buen funcionamiento del órgano (entre seis meses y un año después), se procederá a la transferencia embrionaria, sin la cual el embarazo no podrá lograrse: su consecución mediante el acto sexual no es viable debido a que la persona receptora no posee trompas de Falopio en condiciones de conectar adecuadamente los ovarios y el útero. Logrado el embarazo, el nacimiento tendrá que efectuarse por cesárea. La razón radica en que no resulta aconsejable exponer al útero trasplantado a trabajo de parto y horas de contracciones. Finalmente, en esa misma intervención o con posterioridad (logrados dos nacimientos como máximo o habiendo transcurrido cinco años desde el implante), el órgano deberá extirparse, para ser descartado: ello obedece a que la ingesta de inmunosupresores durante tiempo prolongado puede provocar ciertos efectos adversos, como diabetes, enfermedad renal e infecciones. (Zuccarini, Ayelén, op. cit.).

El tratamiento descrito es -sin duda- complejo y riesgoso, pero de ninguna manera imposible, inexistente o irrealizable, lo que conlleva -

como se dijo- la necesidad de crioconservar embriones, por lo que resulta falsa desde el punto de vista fáctico, la aseveración del I.P.S. relacionada a la imposibilidad de la actora para ser gestante.

Es que, siguiendo a la autora en cita, el trasplante de útero en humanos tuvo éxito por primera vez en el año 2014 en Suecia, en donde nació Vincent, el primer niño gestado en un útero donado. Este éxito fue consolidado por siete nacimientos más, marcando el inicio de una nueva etapa en la investigación de esta tecnología reproductiva que pronto comenzó a despertar el interés de distintos países del mundo, entre los que cabe mencionar a nuestro país. De esta manera, si bien en la actualidad este procedimiento no se lleva a cabo en nuestro país, nada descarta que con el transcurso del tiempo y el permanente avance de la ciencia médica pueda resultar realizable. Precisamente, el sitio web del Hospital Italiano de Buenos Aires da cuenta de este importante tratamiento. Es que los avances científicos que ha experimentado esta materia, sumado a la trascendencia de los derechos humanos que se busca tutelar, torna inaplicable cualquier interpretación que pretenda cercenar o limitar su acceso. Este fue el criterio seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa -Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica» en la cual ha precisado que el derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el art. XIII de la Declaración Americana y en el art. 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Se expresó allí que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al art. 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones.

Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. (párr. 150).

8º) Que corresponde ahora abordar la crítica del I.P.S. relativa a la criopreservación del embrión. Argumenta en sustento de su postura que desde el momento de la fecundación existe un ser humano y que la



dignidad del embrión impide su criopreservación. Al respecto, contrariamente a lo sostenido, corresponde afirmar que dicha práctica se encuentra expresamente admitida en la legislación. El art. 2º del Decreto 956/13 al definir las técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad menciona expresamente la criopreservación de ovocitos y embriones entre otras, lo que debilita el argumento de la apelante. Pero además de ello, tampoco existe norma alguna que establezca que la fecundación del óvulo y el espermatozoide por técnicas de F.I.V. da inicio a la existencia de la persona humana. Más bien, el art. 9º de la Ley 26994 -como ya se mencionó anteriormente- difirió la protección del embrión no implantado al dictado de una ley especial.

En ese sentido, cabe traer a colación lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el citado caso -Artavia Murillo que al interpretar la noción del término -concepción prevista en el art. 4.1 de la Convención señaló que deben diferenciarse dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación; y que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Sostuvo la Corte que de acuerdo a la prueba científica, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (párr. 186). Agregó también que el término no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la gestante, y que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada -Gonadatropina Coriónica, que solo es detectable en la gestante que tiene un embrión unido a ella (v. párr. 187).

Lo expuesto, además, resulta concordante con lo establecido en los arts. 20 y 21 del C.C.C., lo que conlleva a desestimar el agravio en examen.9º) Que continuando con el análisis de las críticas desarrolladas por el apelante, corresponde examinar ahora aquella vinculada a que el vacío normativo que existe en relación a la técnica de gestación por sustitución debe ser entendida como una prohibición para su realización.

Tal crítica, como se verá, constituye un punto de vista personal de la recurrente, que de ninguna manera contribuye a conmovier lo decidido en la sentencia traída a revisión. Al respecto, cabe recordar que tal como se aclaró al inicio del presente voto, en el expediente 714.518/20 caratulado -T.C., E.M.;T., J.I.;T.,M.A. por autorización judicial la señora jueza del Juzgado de Personas y Familia autorizó a la pareja aquí actora la realización de la práctica médica de -gestación por sustitución. En esa

causa, el I.P.S. no fue parte, y por ende carece de legitimación para cuestionar a través del presente proceso esa decisión, que además no tiene ninguna injerencia sobre el objeto de este amparo que como ya se expresó -no incluye la transferencia e intento de implantación de los embriones. Si bien ello resulta suficiente para desestimar el agravio en examen, no resulta inocuo destacar el desacierto en que incurre el apelante al afirmar que la falta de regulación legal de la gestación por sustitución debe ser entendida como una prohibición a su utilización.

Al respecto, en relación a la regulación de esta técnica se pueden observar la existencia de tres criterios en el derecho comparado. En algunos países dicha práctica se encuentra prohibida (Francia, Alemania, Portugal); en otros esta normada con distintos requisitos y presupuestos (Ucrania, México, Brasil), y finalmente en otros, como sucede en nuestro país, existe un vacío legal, es decir no se encuentra normada, pero tampoco existe una expresa prohibición.

Es que si bien el texto original del art.562 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial legislaba sobre esta técnica, fue posteriormente suprimido. Ante tal postura abstencionista del legislador argentino, y especialmente frente a -la fuerza de la realidad (así se expresó en el anteproyecto que la regulaba), son los jueces y juezas quienes deben resolver sobre su procedencia mediante una recta interpretación del ordenamiento jurídico.

En ese camino interpretativo, el análisis debe realizarse teniendo particularmente en cuenta las disposiciones constitucionales, principalmente lo establecido en los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo establecido en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Y tal exégesis, conlleva como única conclusión que la gestación por sustitución se trata de una T.R.H.A. permitida. Así lo ha entendido, entre muchos prestigiosos juristas, Gil Domínguez, al expresar que -si bien existe un vacío legal, esto no se traduce en un vacío constitucional-convencional. En primer lugar, porque la legalidad como principio estructural del estado constitucional y convencional de derecho argentino establece que =ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe` (art. 19 de la C.N.) (Gil Domínguez, Andrés -La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos N° 30 - 11/07/2017).

Conteste con esta postura, numerosos Tribunales de nuestro país han debido resolver en los casos sometidos a su decisión sobre la procedencia de la técnica y las consecuencias que su aplicación conlleva.

En ese orden, a través de un concienzudo análisis de precedentes jurisprudenciales realizado por Marisa Herrera, Natalia de la Torre y Silvia Fernández (-Derecho filial, Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales, 1ra ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, págs.526 y ss.), se logró advertir que ya durante la vigencia del Código Civil derogado (Ley 340 y modificatorias) se habían reconocido -en sucesivas oportunidades- las gestaciones por sustitución en diversas jurisdicciones de nuestro país: -B., M. A. C. F. C., C. R. (CCiv., Com. y Lab. Gualeguaychú, 14/4/2010 y Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013); -N. N. o D. G. M. B. s/ inscripción de nacimiento (Juzgado Nacional en lo Civil Nº 86, 18/6/2013); -F. M. L. y otra s/ autorización judicial (Tribunal de Familia de Rosario Nº 7, 2/12/2014); -C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad (Juzgado Nacional en lo Civil Nº 102, 18/5/2015); -N. N. O., s/ inscripción de nacimiento (Juzgado Nacional en lo Civil Nº 83, 30/6/2015); -A. V. O., A. c. G. Y J. J. F (Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza, 29/7/2015). Dicha tendencia -como era esperable- ha sido seguida y profundizada con posterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial en -C.M. E. y J. R. M. por inscrip. nacimiento (Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza, 29/7/2015); -Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14 (Juzgado de Familia Nº 9 de San Carlos de Bariloche, 29/12/2015); -H. M. y otro/a s/ medidas precautorias (Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015); -S. G. G. y otros s/ filiación (Tribunal Colegiado de Familia Nº 5 de Rosario, 27/5/2016); -A. R., C y otros c. C., M. J. s/ impugnación de filiación (Juzgado Nacional en lo Civil Nº 7, 23/5/2016); -S. T., A y otro s/ inscripción de nacimiento (Juzgado Nacional en lo Civil Nº 4, 30/6/2016); -S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar (Juzgado de Familia Nº 2 Moreno, 4/7/2016); -M., I. M. y otro/a s/ autorización judicial (Juzgado de Familia Nº 3 de General San Martín, 22/8/2016); -B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/ impugnación de filiación (Juzgado Nacional en lo Civil Nº 8, 20/9/2016); -G. M., C y otro c. W. B., A. V. s/ rectificación de partida (Juzgado Familia Nº 12, Lomas de Zamora, 3/10/2016); B. J. D. y otros s/ materia a categorizar (Juzgado Familia Nº 7, Lomas de Zamora, 30/11/2016); -S., I. N. y otro c. A., C. L. s/impugnación de filiación (Juzgado Nacional Civil Nº 81, 14/6/2017); -Reservado s/ autorización judicial (Juzgado de Familia Nº 5, Viedma, 6/7/2017); -M. M. C y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas (Juzgado Nacional Civil Nº 4, 20/10/2017; confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, el 15/3/2018); -R., L. S. y otros – solicita homologación (expte. 3447358) (Juzgado de Familia Nº 3 Córdoba, 22/11/2017); -H., M. E. y otros s/ venias y dispensas (Tribunal Colegiado de Familia Nº 7 de Rosario, 5/12/2017); -S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. por medidas autosatisfactivas (Juzgado de Familia Nº 2, 1ª Circunscripción Judicial de Mendoza, 15/2/2018); -S. M. J. y otros s/ autorización judicial (Juzgado

de Familia Nº 6 del Depto. Judicial de San Isidro, 2/3/2018); -V. L. J. y otros s/ autorización judicial (familia) – expte. 314725/17 (Juzgado de Familia y Menores Nº 1, Villa Mercedes, San Luis, 5/3/2018). Sin embargo, la lista no se agota allí, sino que, enrolados en la misma dirección, se pueden mencionar entre otros: -R., R. A. y otros – Autorizaciones – Expte. Nº 2908074 (Juzgado Civil, Comercial y de Familia de 2º Nominación de Villa María, Córdoba, 8/6/2018); -P. A.R. y otros s/ Venia Judicial – Expte. Cuij Nº21- 10702417-1 (Tribunal Colegiado de Familia Nº 2 de la ciudad de Santa Fe, 8/2/2019); -N. C. K. E. y otros s/ Autorización Judicial (Juzgado de Familia Nº 2 del Departamento Judicial La Plata, 11/9/2020); y -C.V.D. y otros c/ OBSBA – Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires – s/ amparo – salud – medicamentos y tratamientos (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/6/2021). Lo expuesto precedentemente permite demostrar que la gestación por sustitución constituye una realidad y, ante la inexistencia de una normativa sobre la cuestión, se puede observar la utilización de variadas estrategias jurídicas para arribar a un mismo resultado (el emplazamiento del niño/a nacido/a por esta técnica como hijo/a del o la comitente, o de los/las comitentes). En ese orden, en algunos casos se requirió autorización previa a la realización de la práctica; en otros, luego de consumarse el embarazo y antes del nacimiento; y, en algunas otras, con posterioridad a ello. Asimismo, en algunas ocasiones la estrategia fue impugnar la maternidad; en otras, solicitar la inscripción del nacimiento como hijo/a de la comitente que tiene la voluntad procreacional; y en otros se declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del C.C.C. Lo expuesto evidencia la necesidad de contar con una legislación apropiada que, a la vez que determine los requisitos y presupuestos que deben concurrir para autorizar esta T.R.H.A. (gratuidad/onerosidad; informes psicológicos y médicos; condiciones de la persona gestante y de la/s persona/s comitente/s, entre otros) tal como lo hacía el texto proyectado del art. 562 del C.C.C., armonice la constitucionalidad y humanidad de las nuevas composiciones familiares, lo que seguramente ayudará a evitar planteamientos del tenor del aquí analizado, y contribuirá a brindar seguridad jurídica evitando sentencias contradictorias.10) Que en relación al agravio esgrimido por el recurrente referido al porcentaje de cobertura impuesta en la sentencia, corresponde su desestimación en atención a que por expresa disposición legal (art. 1º de la Ley 7964 y art. 8º de la Ley 26862) tal cobertura por parte de los efectores públicos dependientes del Ministerio de Salud Pública y de los prestadores del I.P.S. debe ser - integral. 11) Que en lo que respecta a las costas impuestas en la anterior instancia, cabe recordar que este Tribunal tiene dicho que en materia de costas en los procesos de amparo, el art. 87 de la Constitución Provincial nada ha previsto, por lo que es de aplicación el noveno apartado de ese

precepto, en cuanto expresa que -todas las contingencias procesales no previstas en este artículo son resueltas por el juez del amparo con arreglo a una recta interpretación de esta Constitución. Tratándose el amparo de un trámite indiscutiblemente bilateral y contencioso, con una parte actora y otra demandada, aquella facultad de los jueces interpretada rectamente como dice la Constitución, lleva a aplicar, en materia de costas, la regla procesal del art. 67 del C.P.C.C., que las hace soportar al perdedor, siguiendo el principio objetivo de la derrota, no en calidad de sanción sino como reconocimiento de los gastos que se ha visto obligado a afrontar el vencedor (esta Corte, Tomo 65:521; 85:521; 195:999; 206:573, entre otros). En tal sentido, se ha sostenido que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN, 13/6/89, RepED, 24- 254, Nº 5, citada por Loutayf Ranea, Roberto G., en -Condena en costas en el proceso civil, 1ª ed., Ed. Astrea, 2000, pág.44; esta Corte, Tomo 210:495). De lo expuesto se colige que la imposición de costas a la vencida resultó ajustada a derecho, por lo que corresponde su confirmación.

12) Que finalmente, en atención a las particularidades de la presente causa y a los derechos humanos involucrados, resulta relevante abordar ciertos aspectos sensibles del tópico, en virtud de la obligación estatal de prevenir, sancionar y erradicar los estereotipos de género que aquejan a nuestra sociedad, de conformidad a los tratados internacionales suscriptos sobre la materia y la normativa tanto nacional como provincial concordante. En este sentido, corresponde efectuar una aclaración terminológica acerca del instituto; ello por cuanto estimo que el lenguaje no resulta inocuo toda vez que, indefectiblemente, repercute en la construcción de realidades. Así, cabe destacar que esta T.R.H.A. recibe distintas denominaciones, como ser: maternidad subrogada, madre de alquiler, gestación subrogada, maternidad portadora, gestación por sustitución, subrogación uterina, alquiler de vientre, maternidad por sustitución, alquiler de útero, gestación solidaria, gestación comercial, maternidad de encargo, subrogación uterina, maternidad intervenida y maternidad disociada, entre otras.

Las implicancias que conlleva el empleo de una u otra locución para referirnos a esta particular práctica no resulta menor, por cuanto gestar y maternar/paternar no son sinónimos; siendo que la utilización para referirse a un mismo fenómeno no hace más que evidenciar la resistencia de un sector de la sociedad en aceptar a aquellas personas con identidades trans o no binarias que quieran ejercer sus derechos reproductivos libremente según el modo en que se autoperciban.

Al respecto, se ha sostenido que resulta más atinado el término gestación por sustitución, en tanto proceso biológico que posibilita que una persona (gestante) disponga (en forma gratuita u onerosa) de su capacidad gestacional o aptitud física necesaria para llevar adelante un embarazo para la prole de otra u otras que han decidido maternar y/o paternar (comitentes), sea que esta/s hubiere/n o no aportado el material genético-. Este término resulta más inclusivo al habilitar otras posibilidades cuando quienes desean intervenir en estos procesos no encajan en la lógica biologicista, geneticista, binaria y heteronormativa (Lescano de Francesco, Silvia Karina, -Una invitación a reflexionar sobre los estereotipos de género en la gestación por sustitución. La invalidez del artículo 562 del Código Civil y Comercial, ¿es la única opción TR LALEY AR/DOC/1044/2021). Es que la gestación por sustitución inevitablemente rompe con esta histórica construcción de roles de género, por cuanto una mujer gestante no necesariamente será quien críe a quien nazca, lo que denota una clara disgregación de la función reproductiva y de cuidado maternal impuesta tradicionalmente a la mujer; además de que, en virtud de lo dispuesto en la Ley 26743 de Identidad de Género, actualmente el término madre o padre ya no es genético toda vez que un hombre ahora puede gestar y una mujer ser quien aporte el semen -ello sin perjuicio del amplio abanico de identidades que la citada ley contempla y sin desconocer la multiplicidad de supuestos que se pueden presentar-. Cabe recordar que uno de los argumentos de la recurrente para el rechazo de la acción instaurada es que el embrión -que resulte de la prestación médica peticionada- no puede ser implantado en una tercera persona distinta de la señora T.C.

De aceptarse y seguirse este criterio sesgado y claramente restrictivo, traería aparejado que la posibilidad de formar una familia exigiría, de modo forzoso, que al menos una de las personas que prestan la voluntad procreacional tenga útero. Ello pone en evidencia que tal hermenéutica excluye no solo a todas aquellas mujeres cis (como el caso de autos) y/o trans cuyo aparato reproductor femenino carezca de aptitud para gestar, sino también a todo un colectivo que excede el sistema binario históricamente promovido por el derecho y que por su tipo de funcionalidades/características de su cuerpo le resulte imposible recibir un embrión.

Es que no debe perderse de vista la particular exégesis que el propio Decreto 953/13 establece en sus considerandos; de allí, claramente, se desprende que en la ley que reglamenta, prevalecen -los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia en íntima conexión con el derecho a la salud; como así también que -el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley

26862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). De la misma forma establece que la mentada ley también -se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa lo que, sin lugar a hesitación, incluye a las personas trans, no binarias y de otro género plural, quienes tienen las mismas libertades procreadoras que las personas cisgénero. 13) Que en definitiva, por todo lo expuesto corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado, y en consecuencia confirmar la sentencia de fs. 181/202, con costas al vencido (art. 67 del C.P.C.C.).

Por lo que resulta de la votación que antecede, LA CORTE DE JUSTICIA, RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación de fs. 203 y, en su mérito, modificar la imposición de costas decidida en el punto I de la parte resolutive del fallo de fs. 181/202 e imponerlas por el orden causado en ambas instancias, conforme los fundamentos expuestos en el considerando respectivo.

II. MANDAR que se registre y notifique.

Dr. Pablo López Viñals

Dras. Teresa Ovejero Cornejo

Adriana Rodríguez Faraldo

Dres. Ernesto R. Samsón

Sergio Fabián Vittar

Horacio José Aguilar

Dra. Sandra Bonari

Dr. Guillermo Alberto Catalano

-Presidente-

Dra. María Alejandra Gauffin

-Juezas y Jueces de Corte-

Dra. María Jimena Loutayf

-Secretaria de Corte de Actuación-