

## **L. L. M. y otros s. Autorización judicial**

**Juzg. Fam. Nº 3, Paraná, Entre Ríos; 26/12/2023; Rubinzal Online /// RC J 1087/24**

Texto completo de la sentencia

VISTOS:

Las presentes actuaciones traídas a despacho para dictar sentencia, de las que,

RESULTA:

1.-Que el 7 de julio del corriente, se presentan L.L.M., B.R.G y M.D.N., por derecho propio, con el patrocinio de Virginia Hebe León, María Lidia León y Ricardo Máximo León, y solicitan autorización judicial a fin de llevar adelante una técnica de reproducción asistida - Gestación por Sustitución - en la cual los comitentes serán los dos primeros nombrados -L.L.M. B.R.G- y la gestante la Sra. M.D.N.; asimismo peticionan que para el caso de que naciera un/a niño/a de dicha técnica, se autorice la inscripción del nacimiento en el Registro Civil y Capacidad de las personas de Paraná como hijo/a de los comitentes, y se homologue el convenio arribado por las partes.

De modo preliminar, refieren que la competencia del Juzgado de Paraná a mi cargo, surge del hecho que el procedimiento médico se realizará en esta ciudad y el nacimiento del niño/a fruto de la Gestación por Sustitución también lo será en esta ciudad.

Relatan que L. y G., son bioingenieros egresados de la Universidad Nacional de Entre Ríos y pareja desde fines del año 2011; que comenzaron a convivir en el año 2015 en la ciudad de Paraná y se casaron en noviembre del 2021; mencionan que actualmente L. está trabajando en el Hospital Geriátrico Dr. Pascual Palma de la ciudad de Paraná y en el Sanatorio Privado San Gerónimo de la ciudad de Santa Fe; por su parte G. trabaja diariamente como empleado de la Municipalidad de Santa Fe y presta servicio como Bioingeniero, de forma remota, en 2 empresas distribuidoras de productos médicos de la ciudad de Santa Fe.

Refieren que desde hace unos años vienen pensando la idea de agrandar la familia, habiendo evaluado muchas opciones y conversado con sus amistades y familiares; que durante este proceso se encontraron con el ofrecimiento de una persona cercana a G. que de una manera desinteresada y muy amorosa les ofreció su vientre para poder tener este hijo/a que tanto deseaban: D., que tiene 32 años y que trabaja con G. desde el año 2014 en la Municipalidad de Santa Fe.

Sostienen que desde el principio tuvieron una muy buena relación la cual con el tiempo se convirtió en una amistad compartiendo distintas situaciones sociales externas al ámbito laboral; expresan que cuando G. le comentó a D. su deseo de ser padres, ella se emocionó y les dijo que si fuera por ella les hubiera ofrecido su vientre en ese mismo momento para acompañarlos a que pudieran cumplir su deseo, pero debía consultarlo con su familia; F. - su pareja- y sus dos hijos -G.(4) y G.(9).

Precisan que esta idea de D., de gestar para un tercero, viene desde hace un tiempo porque una amiga muy cercana de ella llevaba 3 años de tratamientos, con su pareja, para quedar embarazada

y no lo lograba, lo que la llevó a plantearse la posibilidad de poder ayudarla, pero que luego esa amiga quedó embarazada.

Continúan diciendo que luego de varios días de charlas, sobre todo con su pareja, él decidió apoyarla; indica que con sus hijos lo fue charlando de otra manera por tratarse de niños más pequeños pero siempre diciendo la verdad y siendo sincera de lo que iba a hacer.

Afirman que cuando ella les contó que tenía el apoyo de su familia para acompañarlos, fue muy emocionante y los desbordó de amor la idea de que alguien tuviera la intención de hacer esto por ellos de una manera tan desinteresada.

Explica que a partir de ese momento comenzaron a informarse sobre cuál era la posibilidad de llevar a cabo este tipo de paternidad (gestación solidaria) en Argentina y luego más específicamente en la provincia de Entre Ríos que es donde reside la pareja; que solicitaron un turno en la clínica de Fertilidad HAVVA de esta ciudad, para asesorarse sobre cómo era este tipo de procedimiento, si se podía realizar y fue allí en donde la Dra. M. C. les explicó con total sinceridad y claridad que el proceso era por un lado biológico y por el otro judicial, para solicitar, previo al inicio de cualquier tipo de tratamiento, la autorización correspondiente.

Exponen que D. se entrevistó con la Psicóloga M. J. P. para que evaluara si estaba apta para llevar adelante el proceso; asimismo aclaran, que si bien ella tiene obra social por su trabajo (IAPOS), como el proceso se llevaría a cabo en Entre Ríos, han contratado una obra social que la brinde cobertura en esta provincia (SANCOR Salud) hasta pasados 6 meses posteriores al parto; indican que en caso de que la justicia apruebe el proceso, contrataran también un seguro de vida y la ayudarán económicamente de modo mensual durante la gestación para que esté más cómoda y no realice grandes esfuerzos que pongan en riesgo la gestación y todo gasto relacionado al apoyo psicológico que necesite.

Describen que D. vive en su casa propia en Santo Tomé, Santa fe desde hace 4 años, que F. trabaja como vendedor de Nestlé, Purina, desde hace 7 años y ella es empleada municipal de la Municipalidad de Santa Fe desde el año 2011, siendo compañera de G. B. desde 2014.

Respecto a los hijos de D., comentan que ella le explicó claramente a G. que el bebe no iba a ser su hermano porque el óvulo iba a ser donado (que no iba a ser de mamá), por lo que no era su hijo a pesar de crecer dentro ella, explicándole el cómo, el cuándo y todas aquellas preguntas y dudas que le surgieron porque esa charla derivó en muchas otras (sexualidad, amor, respeto y solidaridad).

En cuanto a G., de 4 años, abordó el tema mediante cuentos donde el escenario era el que estaban viviendo los chicos, la búsqueda de un bebé y dónde una mamá que ya tenía a sus bebés podía ayudarlos a que sean papás; que luego le propuso ayudar a G., a quien la niña conoce, para que sea papá como en el cuento y le explicó que no iba a ser su hermano, que solo iba a cuidar de ese bebé mientras estuviera en su panza.

D. asegura que: " este es el último paso para poder concretar el deseo que siente de poder dejar en este mundo una huella de solidaridad y ejemplo para sus hijos, una experiencia enriquecedora de valores para su familia, y una oportunidad para G. y L. de tener la familia que desean, que sin duda

alguna van a ser unos padres extraordinarios porque tienen muchísimo amor para dar y lo sé porque de manera contraria no hubiera llegado hasta acá, confío en ellos y en lo que son como personas, y eso me lleva a tener la seguridad de que jamás voy a arrepentirme de ofrecerme para convertirlos en padres porque sé y siento que ese bebé va a estar en buenas manos y va a ser criado con amor, con respeto y con valores" (sic).

Finalmente, fundan en derecho, adjuntan acta de compromiso de gestación por sustitución, solicitando su homologación, ofrecen prueba y peticionan que oportunamente se haga lugar a la autorización interesada.

2.- El 26 de julio, se tiene por presentados L. M. L., R. G. B. y D. N. M., todos de domicilio real denunciado y legal constituido, dándosele en autos la intervención legal correspondiente y por iniciado el presente juicio sobre Autorización Judicial de Gestación por Sustitución. De lo interesado, se corre vista al Ministerio Público de la Defensa, por el término de ley.

3.- El 9 de agosto se expide el Defensor N° 3, que conforme la situación fáctica que surge de autos, no existe interés alguno de menor de edad, restringido en su capacidad o incapaz que amerite su intervención en el marco del art 103 del C.C. y C. y Ley Provincial 10407.

4.- El 16 de agosto, se da intervención al Equipo Interdisciplinario, a fin que, previa entrevista con las partes, evalúen e informen sobre lo peticionado -art. 13 inc.11) y 17 C.P.F.

5.- El 19 de septiembre se agrega informe del ETI.

6.- El 4 de Octubre se corre vista al Ministerio Público Fiscal y el 1 de diciembre dictamina.

7.- El 4 de diciembre se señala audiencia con las partes, fijándose por OGU para el día de la fecha.

#### CONSIDERANDO:

I.- Que se presentan L. L., G. B. y D. M., solicitando autorización judicial para llevar adelante el proceso de Gestación por Sustitución; se inscriba al niño o niña como hijo de los comitentes y se homologue el convenio que acompañan.

La plataforma fáctica es la siguiente: un matrimonio de hombres, recurre a la compañera de trabajo de uno de ellos, para realizar un procedimiento de gestación por sustitución. El embrión será conformado con el gameto masculino de uno de los cónyuges y el gameto femenino de una ovo donante y luego se transferirá a la persona gestante quien lo llevará en su vientre y lo parirá.

II.- La Gestación por Sustitución es una técnica de reproducción humana asistida - TRHA- por medio de la cual una persona, -gestante-, acuerda con otra, o con una pareja, -comitente- gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos.

Como es sabido, las TRHA, permiten acceder a la maternidad y/o paternidad a quienes no pueden serlo de manera natural, ya sea por razones de infertilidad médica o estructural como en el presente caso.

La Ley 26862, de Acceso Integral a las TRHA, y su decreto reglamentario, 956/13, trae dos clasificaciones: la primera, según sea la mayor o menor complejidad de la técnica: de baja complejidad (inseminación) y de alta complejidad (in vitro e ICSI) y la segunda, según se utilice material genético de la propia pareja (homóloga) o de un tercero (heteróloga).

Como se sabe, si bien esta figura estaba prevista en el Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial, fue suprimida al momento de su sanción, pero la ausencia normativa no ha impedido que se practique, solicitando su reconocimiento por vía judicial, develando así una realidad incontestable.

Hasta aquí, podemos decir que desde el punto de vista médico, la Gestación por Sustitución, es una técnica de alta complejidad - FIV- pero la mayor dificultad, surge desde el punto de vista jurídico, con la incorporación de una tercera persona, a la luz del principio filial "madre siempre cierta es".

III.- Conforme lo desarrollado, corresponde analizar en primer término, en base a qué fundamentos se puede admitir una TRHA que no se encuentra regulada en el CCyC, con la dificultad que implica escrutar su procedencia cuando no se cuenta con requisitos de admisibilidad.

A tal fin resulta útil acudir a la misma Constitución Nacional, los tratados de Derechos Humanos de conformidad con la interpretación que realiza la Corte IDH, como así también a las pautas que surgen de las conclusiones de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mendoza, desarrolladas en el mes de septiembre 2022, que propuso incorporar el art 562 bis al CCyC, todo ello en una interpretación armónica.

En primer término, corresponde señalar que el art 19 de la CN, reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros.

En un caso de similares características, el Procurador General de la Nación en autos: "CIV 14153/2017/CS1 "S.T., V. s/ inscripción de nacimiento" ( dictamen del 27 de agosto de 2020)", opinó: "una mirada sistemática sobre nuestro ordenamiento jurídico revela que, si bien la gestación por subrogación no ha sido regulada aún por el legislador nacional, tampoco ha sido prohibida." En el referido dictamen se precisó que el CCCN reconoce tres fuentes del vínculo jurídico de filiación: la naturaleza (mediante el hecho biológico de la procreación), la adopción y las técnicas de reproducción asistida, que vincula a los niños nacidos mediante esos procedimientos con los progenitores que manifestaron su voluntad procreacional (arts. 558, 560, 561 y 562, de ese cuerpo legal). Se destacó que de los términos literales de las normas que integran el capítulo II "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida", del Título V "Filiación", del Libro Segundo "Relaciones de Familia", que regula la filiación de los niños y niñas nacidos a partir de técnicas de reproducción humana asistida, no se desprende una prohibición de ese procedimiento, ni tampoco se hace mención a su ilicitud o a la nulidad de los acuerdos dirigidos a su realización.

En igual sentido, en el caso "F.A.L" Se afirmó que, al ser la gestación por subrogación una práctica que hasta el momento carece de reglamentación específica, de acuerdo con el principio de reserva

estipulado en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional debe entenderse que se encuentra permitida (Fallos: 335:197, "F.A.L.").

Y en efecto, la gestación por sustitución no se encuentra prohibida, pero tampoco regulada; esta falta de previsión legal coloca a ciertas personas que no poseen los recursos económicos suficientes para realizar la práctica en los países que la admiten, en una situación desventajosa que atenta contra el derecho humano a formar una familia, derecho que - cabe señalar - se extiende a las parejas del mismo sexo, fundado en el principio de igualdad y no discriminación, que nuestro código de fondo, recoge en el art 402: " Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".

A esto se suma lo establecido por la CIDH en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica", resuelto en fecha 28/11/2012 y reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia en fecha 26/02/2016 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo ésta la primera oportunidad en que la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos se expide sobre el uso de las TRHA en general y, en particular, uno de los procedimientos que mayores debates presenta como lo es la fertilización in vitro (FIV), según el cual "la decisión de ser o no madre o padre, es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico".

Pero además, en los casos de infertilidad estructural como es el presente, el derecho de toda persona de gozar del desarrollo de la ciencia - al que alude la Corte Interamericana en el caso citado, adquiere fundamental importancia, porque cuando los que desean "agrandar la familia" son dos hombres, la Gestación por Sustitución, es la única forma de ser padres en sentido genético.

Otra arista importante es que la filiación, asentada en la voluntad procreacional, altera la regla de que madre siempre es la que pare, pues se materializa mediante el consentimiento informado debidamente exteriorizado.

Ello trae como consecuencia que el art 562 del CCyC, que reza: " Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dió a luz y del hombre o de la mujer que prestó su consentimiento previo, informado y libre en los términos del art 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro Civil con independencia de quién haya aportado los gametos" - solución propia de la filiación biológica - resulta inaplicable a este caso, pues surge del acta que se acompaña, y de la audiencia con la suscripta, que el matrimonio

L. - B., es quien buscan tener y criar un hijo, movidos por el deseo de ser padres, mientras que la Sra, M., en forma altruista y desinteresada, sólo desea gestar un hijo para ellos, movilizada por un sentimiento de solidaridad, vocablo que significa "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros".

Atento a lo expuesto, el niño o niña que nazca como consecuencia de este acuerdo, deberá inscribirse como hijo de los comitentes: L. M. L. y R. G. B.

Seguidamente analizaré el caso siguiendo como guía el art 562 bis, que se pretende incorporar al CCyC. En tal sentido la norma proyectada expresa:

"Gestación por sustitución. Autorización judicial. Requisitos. La gestación por sustitución es un procedimiento de técnicas de reproducción humana asistida en virtud del cual una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo sin ánimos de lucro con la finalidad de que la persona nacida tenga vínculo filial con la o las personas que concurren a la práctica con voluntad procreacional, denominadas requirentes, previa autorización judicial. La autorización judicial del procedimiento de gestación por sustitución sólo procede si: a. se cuenta con el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes de conformidad con lo previsto por este Código y las disposiciones especiales; b. se ha tenido en miras el interés superior de la persona que pueda nacer; c. la persona gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; d. la persona gestante y la persona o pareja de requirentes son de nacionalidad argentina o naturalizadas, o tienen cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país; e. la persona requirente o al menos una de ellas posee imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; f. la persona gestante no ha aportado sus gametos; g. la persona gestante no ha recibido retribución; h. la persona gestante posee lazos afectivos con la o las personas requirentes; i. la persona gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; j. la persona gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo o hija propio. La autoridad judicial competente debe sustanciar y decidir la solicitud de autorización por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la persona gestante sin la autorización judicial".

La importancia de que la intervención judicial sea previa, permite constatar todas las cuestiones de importancia respecto a la gestante.

Veamos:

De la documental acompañada, surge que las tres personas involucradas se han sometido a evaluaciones psicológicas previas, con el fin de analizar si se encontraban aptas para realizar el proceso de Gestación por Sustitución, resultando todas las conclusiones favorables.

Sin perjuicio de ello, reviste particular importancia, las apreciaciones referidas a la gestante, direccionada a constatar si comprende el verdadero alcance de la decisión que ha tomado: gestar para otros, y la ausencia de vínculo jurídico con la persona por nacer que gestará en su vientre.

Al respecto, las conclusiones arribadas por el Centro de Ginecología y Fertilidad "Havva" dicen:

"En las evaluaciones realizadas se evidencia que la Sra. M. D. N. comprende el proceso de gestación solidaria y sus implicancias. Se destaca que la Sra. M. posee una buena red de apoyo social y buenos recursos de afrontamiento. Tiene tendencia a tomar decisiones de manera racional y constante. En cuanto a la decisión de gestar el/la hijo/a de la pareja L.-B. se observa que es una decisión tomada de manera libre y autónoma, motivada por una postura altruista y empática en relación a la pareja. Al momento de la evaluación no se evidencian indicadores de patología severa que pudiera entorpecer o dificultar el proceso (trastorno psicótico, del estado de ánimo, trastornos de

personalidad) De darse la posibilidad de llevar adelante el procedimiento de gestación solidaria se sugiere que D., su pareja F. y sus hijos G. y G. tengan un espacio de acompañamiento psicológico antes, durante y después del parto".

Asimismo, aparece como relevante lo informado por el ETI, "No se evidencian mayores particularidades proséxicas o mnésicas, evidenciando un correcto desenvolvimiento de las funciones psíquicas superiores en los tres casos, no se pueden observar condicionantes o motivaciones de orden económico o coercitivo que influyan en la decisión de los mismos". (el subrayado me pertenece).

Con respecto a los demás requisitos previstos en la norma proyectada, se ha constatado que;

a.- todas las partes intervinientes se encuentran debidamente informadas acerca del proceso de Gestación por Sustitución, por lo que el consentimiento previo al tratamiento aparece libremente prestado, de conformidad con la legislación vigente; sin perjuicio de ello, al tratarse de un consentimiento médico, deberá ser recabado por el Centro de Salud interviniente, y reunir las formalidades previstas en las disposiciones especiales, conforme lo previsto en los arts. 560 y 562 del CCyC.

b.- se ha tenido en miras el interés superior de la persona que puede nacer de esta TRHA; por cuanto la voluntad procreacional se erige como la única respuesta razonable para resolver la identidad filiatoria de la misma: el matrimonio L. - B., desea tener este hijo/a; criarlo y agrandar la familia que ya son. Asimismo, en el Acta compromiso, han manifestado ser plenamente conscientes de que serán quienes asumirán los derechos y obligaciones que le corresponden como padres del futuro niño/a, que naciere como resultado de la Gestación por Sustitución; y además, conforme lo manifestado en audiencia, los comitentes asumen el compromiso de garantizar oportunamente al niño o niña por nacer su derecho a la identidad, conforme lo dispuesto en el art 7 de la Convención de los Derechos del Niño.

c.- La gestante, D.N. M., tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica. d.- Todas las partes involucradas son de nacionalidad argentina.

e.- El matrimonio requirente posee imposibilidad de concebir. f.- La persona gestante no aportará sus gametos.

g.- La persona gestante no ha recibido retribución. Sí los comitentes se han comprometido a cubrir íntegramente todo gasto médico que genere el período gestacional y perinatal, para lo cual contrataron una empresa de medicina prepaga para la gestante, haciéndose responsables de asumir toda prestación que no cubra la empresa, dejando expresamente aclarado que en ningún momento las partes consideran a estos valores económicos como precio por un servicio.

h.- La persona gestante posee lazos afectivos con los requirentes.

i.- La persona gestante no se ha sometido previamente a un proceso de gestación. por sustitución.

j.- La persona gestante ha dado a luz, a dos hijos propios: G. y G., a quienes se les ha explicado que el niño que gestará su madre, no será su hermano.

En este punto cabe agregar que los requisitos mencionados, se condicen con el acuerdo al que han arribado las partes, "Acta Compromiso Gestación por Sustitución".

Al respecto, cabe mencionar que de acuerdo al informe interdisciplinario obrante en autos, "...se evalúa a los tres adultos entrevistados, en condiciones psíquicas y madurativas, para afrontar decisiones o acuerdos legales que involucren su persona y sus proyectos individuales, con capacidad para asumir las consecuencias legales de sus actos."

Por último, vale citar las conclusiones del Ministerio Público Fiscal: " Concluyendo, este MPF opina que siendo que el estado es una República, y todo aquello que no está prohibido está permitido, resultando por ello innecesaria la declaración de inconstitucionalidad de norma alguna, teniendo en cuenta que esta práctica está avalada asimismo por convenciones internacionales, es que la Sra. Jueza -si considera cumplimentados en autos los recaudos necesarios a fin de comprobar la legalidad de lo acordado- puede conceder la autorización solicitada."

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta el derecho de L. M..L. y R. G. B. a constituir una familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en igualdad de condiciones que cualquier persona, y teniendo presente que en el caso concreto, la GS constituye la única posibilidad de concretarlo, en igualdad de condiciones que los demás, habiéndose constatado que todas las partes involucradas comprenden acabadamente los alcances del Acuerdo al que han arribado y que se ha garantizado el Interés Superior de la persona que nacerá de esta Técnica de Reproducción Humana Asistida, contando con dictámen favorable del Ministerio Público Fiscal,

FALLO:

1.- AUTORIZAR a L. M. LA., DNI XXXXXXXX, R. G. B., DNI XXXXXXXX y a D. N. M., DNI XXXXXXXX a llevar adelante la técnica de reproducción asistida - Gestación por Sustitución - en la cual los comitentes serán los dos primeros nombrados - L. y B.- y la gestante la Sra. M..

2.- AUTORIZAR para el caso de que nazca un/a niño/a de dicha técnica, se inscriba su nacimiento en el Registro Civil y Capacidad de las personas de Paraná como hijo/a de L.

M. L., DNI XXXXXXXX y R. G. B., DNI XXXXXXXXX declarando inaplicable el art 562 del CCyC, al presente caso.

3.- HOMOLOGAR el convenio arribado por las partes, acompañado a las presentes actuaciones.

4.- COSTAS a los comitentes.

5.- SIN REGULACIÓN DE HONORARIOS, atento a haber manifestado las letradas que tienen acuerdo privado con los comitentes.

6.- Regístrese, notifíquese personalmente por SNE, Expídase testimonio y en estado, ARCHÍVESE.

ANA CRISTINA QUINTEROS FAGETTI.