

San Carlos de Bariloche, 29 de agosto de 2019.-

**VISTOS:** los autos **"L., J.I. Y F., M.A. S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f) (RESERVADO)" Expte.N° 02504/19** para dictar sentencia, de los que,

**RESULTA:** Que a fs. 1/19 se presentan los actores solicitando autorización judicial para llevar adelante un proyecto parental conjunto mediante técnica de reproducción médica asistida de alta complejidad con subrogación de vientre.- En concreto solicitan la autorización para proceder a la implantación de embriones en el vientre de la Sra. N. A.R., quien se ofreció voluntariamente como portadora y gestante de dos embriones por cada transferencia, aclarando que la gestante no compartirá material genético alguno con dichos embriones, siendo los mismos logrados a través de técnicas de reproducción asistida, -in vitro- a partir de óvulos de una donante anónima proveniente de un banco de óvulos y del esperma aportado por los miembros de la pareja.-

Solicitan que al momento de la inscripción, la criatura sea inscripta portando el apellido de los actores, quienes poseen la voluntad procreacional y la cual manifiestan a través de la firma inserta en los correspondientes consentimientos informados, declarándose la inconstitucionalidad del art. 562 CCC.-

Narran que mantienen una convivencia ininterrumpida, estable y permanente hace más de diez años, poseen vivienda, y trabajo que les permite vivir decorosamente y se encuentran a la fecha con deseos de ser padres, teniendo un proyecto de vida común y familiar.-

Manifiestan tener estabilidad emocional y económica a tal fin.-

Y reconocen que atento su dotación biológica, solo pueden ser padres acudiendo a las técnicas de reproducción humana asistida.-

Destacan que la gestante es una amiga en común desde hace tres o cuatro años aproximadamente, y ella les hizo saber su intención de ayudarlos con su proyecto familiar, facilitando su vientre, pero reconociendo además en todo momento su ajenidad al proyecto parental.- La gestante, entiende el proceso como un acto de solidaridad, fundado en el profundo sentimiento de amistad que la une a los actores.-

Resaltan que el presente caso no se trata de una maternidad por sustitución, sino de una gestación por sustitución, pues la gestante no será madre genéticamente, pues el bebé que nazca no tendrá material genético de ella.-

Acompañan prueba documental, ofrecen la restante y fundan en derecho.-

Que a fs. 28 luce el acta del la audiencia mantenida con las partes involucradas (los actores y la gestante).- Que el objetivo de la misma fue conocer la voluntad de los comparecientes respecto la actitud que tomarían frente a las posibles complicaciones del embarazo y si pensaron o establecieron la posibilidad de resolver la obligación en daños y perjuicios, manifestando que no pensaron jamás en esta situación ya que parten de un acto de generosidad y no en una prestación de servicio.- También acordaron que el bebé no va a lactar, que en el puerperio de la madre, no estarán presentes. Y respecto de una posible triple filiación, manifestaron que no se representaron nunca esta posibilidad toda vez que los únicos padres serán los actores, y N. será como una tía.-

También dejaron asentado que una vez implantada, la gestante se mudará al domicilio de los actores a fin de transitar el embarazo en su compañía, contar con sus cuidados y asistencia. Que luego de acontecido el parto, ella vivirá en su casa y los presentantes, en su domicilio.-

Que a fs. 30 se proveyó la prueba conducente ofrecida por las partes, y así oficiado que fuera el Cuerpo de Investigación Forense y el Servicio social del Poder Judicial, remitieron su informe a fs. 53/66.-

De la pericia psicológica de la Dra. R. se concluye que se encuentra lúcida en

relación a su conciencia, orientada en tiempo y espacio, criterio de realidad conservado. No se observan alteraciones en la sensorio-percepción. La peritada se encuentra en condiciones de afrontar la gestación por sustitución, conoce los procedimientos, los riesgos y las implicancias físicas. En cuanto a las implicancias psicológicas se observa que se trata de un sujeto estable emocionalmente, con recursos propios para afrontar las presiones del medio. Se sugiere que cuente desde la etapa previa al proceso con un espacio terapéutico para abordar allí los aspectos emocionales que se pondrán en juego durante la gestación subrogada. Se observa además el vínculo que la une a los actores está enmarcado en el afecto genuino, y el hecho que trabaje en el ámbito de la salud también le ofrecen un espacio de claridad y orden respecto de su rol y función en el proceso que desea emprender junto a sus amigos.-

En cuanto a la pericia que se practicó a los actores se informa que ambos presentan estabilidad emocional, adecuados mecanismos de defensa y un yo capaz de responder a presiones del medio. Se observa pensamiento reflexivo y capacidad de insight. Ambos conocen las implicancias físicas y psicológicas del proceso de gestación subrogada logrando ubicarse en un rol de contención y abrigo afectivo para con N.. En cuanto a su rol de padres se observa que pueden poner en palabras el deseo de una responsabilidad parental compartida desde el consenso y el afecto.

Por su parte, la pericia social forense concluye que tanto J. como M. tienen una relación de pareja consolidada y fortalecida en base al diálogo y el consenso. Que se muestran con capacidad para adaptarse a los cambios, con flexibilidad. Que transitan esta etapa con calma acompañados por una red de amistades. Que ven en N. a una gran amiga y futura "tía", y están dispuestos a acompañarla a durante el embarazo, si bien tiene conocimiento apropiado de las implicancias del tratamiento y la relación con N.R. es de afecto y confianza mutua. Se sugiere la posibilidad de que cuenten con espacio terapéutico a modo de acompañar las cuestiones asociadas a sentimientos o estados emocionales esperables durante todo el proceso.-

En cuanto a N. R. concluye que no se advierten otros intereses más que colaborar desde el profundo afecto hacia P. y J. y por ello se ofreció para ser la portadora en la gestación por sustitución, para que sus amigos puedan concretar el proyecto de ser padres. Se muestra con capacidad de escucha, permeabilidad para adaptarse a los cambios y lograr acuerdos.-

Que a fs. 68 se corrió vista al Defensor de Menores e Incapaces, contestandola el Dr. Ospital, quien entiende que cuando nazca la persona deberá inscribirse con la filiación de los Sres. J. I.L. y M. A. F., y no con la filiación de la portadora.- Considera que su intervención es únicamente a dicho efecto.-

A fs. 71 se agrega la contestación del oficio diligenciado ante la lic. Quevedo, quien hace saber que los informes psicológicos adjuntados a fs. 9 y 12 son copia auténtica de su original.-

Quedan así en condiciones los presentes autos de dictar sentencia.-

**Y CONSIDERANDO:** Que nos encontramos frente a un tema complejo, y esto no es novedad.- Es que la maternidad subrogada ha dado mucho que hablar y de allí la creciente labor jurisprudencial elaborada en el último tiempo.-

Aquí estamos de cara al planteo de inconstitucionalidad del art. 562 CCC que efectuaran los actores, toda vez que el mismo prescribe: "*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos*".-

Este artículo cierra la puerta a la maternidad subrogada, ya que esta opción no se encuentra contemplada en él, y me permito adelantar, que ello es en apariencia.-

Antes de adentrarnos en este tema, que es el centro de la cuestión, conviene establecer claramente qué son, y en qué consisten las técnicas de reproducción humana asistida, en adelante "TRHA".-

Su origen lo hallamos en la conexión íntima entre nuestro cuerpo y la tecnología, en la posibilidad que brinda al ser humano en el proceso evolutivo, más allá de los condicionamientos y límites que impone la naturaleza.-

Esto nos obliga a pensar cuándo su uso está justificado.- Y aquí las variantes son muchas.- A priori decimos, cuando la concepción no puede realizarse biológicamente, ya sea por enfermedad congénita, por disfunción y/o imposibilidad de uno u otro miembro de la pareja heterosexual, o bien cuando se trata de uniones homosexuales, con voluntad procreacional.-

En el caso de autos, se trata de hombres. Claramente ninguno puede gestar, por ello deben recurrir al útero de un tercero, quien en este caso no aportará material genético propio (por propia decisión) ya que se recurre a un banco de óvulos.-

Todo aparenta estar en consenso entre las partes, pero no se resuelve el escollo que presenta para este vínculo y voluntad procreacional el art. 562 CCC, correspondiendo a los jueces resolver esta dificultad que se plantea ya que son varios los temas que quedan involucrados en casos como el que nos ocupa, a saber: derecho a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la libertad personal, a la igualdad, a conformar una familia (arts. 11, 51, 7.1, 24 y 17 CADH), principios y derechos recogidos todos en el célebre caso "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos., el interés superior del niño (art. 12 CDN, y el derecho a la identidad.

Como dice el constitucionalista Gil Domínguez, *"lo que está en juego es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio"*. Aquí cabe incluir al derecho a la voluntad procreacional, teniendo como principio el reconocimiento y respeto de la diversidad humana como cuestión inherente a la condición humana.-

En nuestro país, tal cuestión ha quedado plasmada mediante la sanción de la ley 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, reflejando un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad. El acceso a estas técnicas es un derecho fundamental y constituye el apoyo científico y tecnológico para tutelar efectivamente los derechos de quienes intentan procrear y que no podrían llevar a cabo su proyecto parental en condiciones de igualdad con los demás.-

Nuestro Código Civil y Comercial pone de resalto las reglas generales relativas a la filiación por TRHA.- Para ello se requiere que el centro de salud recabe el consentimiento previo, informado, y libre de las personas que se sometan a ellas y establece que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de estas técnicas debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

El CCC determina el vínculo filial con quien prestó el consentimiento, con total independencia de que haya aportado o no el material genético. De este modo, en las TRHA, el dato genético ocupa un lugar secundario, que se circunscribe al derecho a conocer los orígenes, que carece de entidad para asignar vínculo jurídico de filiación solo por el aporte de material genético.

En otras palabras, solo quien exterioriza la llamada "voluntad procreacional" mediante el correspondiente consentimiento libre, previo e informado, es quien será considerado progenitor de un niño y, por lo tanto, hace nacer todos los derechos y deberes que se derivan del vínculo filial. Con el donante solo habrá un derecho a conocer

los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo" -Cfr. Código civil y comercial comentado, T. II Marisa Herrera, Gustavo Caramelos.-

Por lo tanto, el consentimiento informado es la columna vertebral de la filiación por TRHA, que se traduce ni más ni menos que en la voluntad procreacional así expresada. Esta voluntad no es más que el amor al hijo que se está esperando, y que se traduce en un acto volitivo, decisional y autónomo. Y la pregunta que irrumpe como lógica en el cuadro que venimos tratando, es realmente autónomo? Cuentan los actores de autos con dicha autonomía? Limita nuestro CCC dicha autonomía? Entiendo que existen limitaciones, pero que las mismas han sido para proteger otras situaciones perjudiciales, como por ejemplo: el turismo procreacional, la explotación de la mujer pobre y/o analfabeta que ofrece su útero como salida económica, que no se comercialice con ello, que producto de esta práctica se desmejore su propia salud, que la maternidad no sea utilizada para salir de la pobreza, etc.

Cabe resaltar que el Anteproyecto del CCC regulaba expresamente la gestación por sustitución y luego fue extraído del articulado, pero no prohibido expresamente.

Por lo tanto, luego del análisis global de la situación traída a resolución, me encuentro en condiciones de asegurar que nuestro CCC no rechaza categóricamente esta práctica, no la prohíbe. Y aquí cobra más vigencia que nunca nuestro principio de legalidad "todo aquello no esta prohibido, está permitido".- Se trata de autorizar aquello que la ley no prohíbe expresamente.- Tal como lo prescribe el art. 19 de la Consitución Nacional " *Las acciones privadas de los hombres que de ningun modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*".-

Teniendo como norte el principio del interés superior del niño, es dable otorgarle al nacido toda la protección integral de la que es merecedor por el solo hecho de su condición y existencia.-

Por ello, y a fin de evitar mayores perjuicios y menoscabo y a tento los fundamentos vertidos supra, corresponde en el caso de autos, decretar la inconstitucionalidad del art. 562 CCC, ordenando que la persona que nazca sea inscripta con el apellido de sus padres ab-inicio, es decir de quienes han prestado su voluntad procreacional, brindando el consentimiento informado.-

A mayor abundamiento y con la única finalidad de anticipar planteos, en merito al principio de concentración judicial, entiendo que también corresponde que me expida sobre la licencia por paternidad/maternidad de los actores de autos, cuestión que va estrictamente de la mano con el planteo de autos.- Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva n° 18/2003 ha dicho que "*los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades*" y agregó que "*como medida preventiva de todo daño a los derechos que emanan de la dignidad humana en el marco del art. 52 CCC que se debe conceder a los progenitores las correspondientes licencia por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado dela hija en los primeros días de vida, en las mismas condiciones que las demás familias con sus hijos, ya que "la gestación por sustitución es una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia y no existe un único tipo de familia sino tantos como las personas puedan y quieran construir, en pareja o solas*".-

Vale traer a colación que en nuestra provincia entró en vigencia en enero de este año la ley 5.348 de licencia por maternidad compartida.-

Si bien la misma prevé dichos beneficios para los agentes públicos, en su

articulado prescribe "En caso de que los progenitores sean del mismo sexo deberán acordar entre ambos quién será titular de la licencia familiar por nacimiento.... Para el progenitor, el cónyuge o conviviente del agente que esté gozando de la licencia familiar por nacimiento, se establece una licencia 15 días corridos, posterior al parto".-

En mérito al principio de no discriminación, y eliminar privilegios entre los justiciables, en función de su ámbito público o privado de trabajo, entiendo que corresponde hacer extensivo a los actores de autos, las prescripciones de la ley 5348, debiendo manifestar los mismos en el plazo de 5 días, quién pretende gozar de la licencia, y quién gozará tan solo de los 15 días posteriores al parto.-

Cabe agregar que se les impone el deber a los actores de autos, de informar a la persona nacida, cuando adquiera edad y madurez suficiente, su origen gestacional, para cumplir así con el derecho a la identidad en todas sus facetas.-

Entiendo con la convicción más profunda, que este fallo refleja una realidad que no debe ser silenciada, sino por el contrario, debe regularse para dotar así de la merecida seguridad jurídica y protección a todos los justiciables.

En su mérito, **RESUELVO:**

**1) Hacer lugar a la demanda,** y en consecuencia **autorizar la implantación de embriones** en el vientre de la Sra. N. A. R., quien se ofreció voluntariamente como portadora y gestante de dos embriones por cada transferencia, aclarando que la gestante no compartirá material genético alguno con dichos embriones, siendo los mismos logrados a través de técnicas de reproducción asistida, -in vitro- a partir de óvulos de una donante anónima proveniente de un banco óvulos y del espermatozoides aportado por los miembros de la pareja.-

**2) Decretar la inconstitucionalidad** del art. 562 del Código Civil y Comercial, y en consecuencia ordenar la inscripción de la persona nacida ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que manifestaron su voluntad procreacional, mediante el consentimiento informado y no de quien la dió a luz.-

**3) CONCEDER** a las partes licencia por maternidad/paternidad, con los alcances fijados más arriba, ello para el cuidado y goce del recién nacido.-

**4) Regular** los honorarios de los letrados intervinientes Dras. P y J. L., en conjunto, en la suma de xxxxx, atento la labor desplegada y la trascendencia del planteo efectuado, ello de conformidad con las pautas previstas en los arts. 6,7 y 9 de la ley 2212.-

**5)** Con la conformidad de Caja forense y firme la presente, expídase copia certificada y/o testimonio para las partes.-

**6) Notifíquese, Regístrese y Protocolícese,** con remisión a DMI N°1.-

**MARIA CECILIA CRIADO  
JUEZ**