

F. S. L. Y OTROS S/ TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Exp. N°XXXXX-2017

Reg. N°

San Martín, 27 de Noviembre de 2017.-esp

AUTOS Y VISTOS: Los presentes autos caratulados “**F. S. L. Y OTROS S/ TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA**” Expte XXXXX-2017 venidos a despacho en estado de emitir pronunciamiento, de los que:

RESULTA:

1) Que a fs. 24/27, se presentan las Sras. S. L. F. y G. A. V. promoviendo acción meramente declarativa a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre acerca de “un eventual vínculo jurídico” materno-filial de la Sra. G. A. V. y la niña L. F., y requiriendo asimismo, pronunciamiento tendiente a cesar la incertidumbre sobre la titularidad de la Sra. V. sobre los embriones crio preservados en el Centro de Reproducción.

La Sra. S. L. F. relata que en el año 2016 comenzó tratamientos de fertilización asistida con donante anónimo de material genético ante la Clínica “Pregna”, y que en el mes de septiembre del mismo año, de su último procedimiento (fertilización in vitro) nació la niña L. F. el 11 de mayo de 2017 (vínculo acreditado a fs. 12).

Manifiesta que al momento de realizarse dicha práctica médica sostenía una relación afectiva con la Sra. G. A. V., quien la acompañaba en su proyecto parental y que en fecha 3 de septiembre de 2016 retiró material genético del laboratorio correspondiente e incluso entró al quirófano con la Sra. F.

Refiere que al momento de realizar la mencionada técnica, junto con la Sra. G. A. V. suscribieron en el Centro de Reproducción el consentimiento informado respecto únicamente de las cuestiones médicas relacionadas al mismo.

La actora expresa que se encuentra separada de la Sra. G. A. V. desde finales del de septiembre de 2016 y que ante el nacimiento de la niña L. F., el Centro de Reproducción interviniente le informa que la misma figura como progenitora de la mencionada niña y como cotitular de los embriones criopreservados.

Relata que su relación con la Sra. G. A. V. fue ocasional, que comenzó luego de haber iniciado su tratamiento y por lo tanto el acompañamiento fue circunstancial, de lo que no puede entenderse que haya voluntad procreacional de la misma respecto de la niña L. F.

Agrega que el nacimiento de dicha niña no formaba parte del proyecto de pareja, que el tratamiento fue solventado económicamente de manera exclusiva por ella, quien era la única persona interesada en el proyecto materno filial, lo que se evidenciaría por la falta de aporte de material genético de la Sra. V. y por no haber expresado su voluntad procreacional.

Solicita hacer cesar el estado de incertidumbre acerca de la existencia del eventual vínculo jurídico materno filial denunciado por el Centro "Pregna" y "posibles daños y consecuencias jurídicas" mediante la declaración de que no existe vínculo jurídico entre la Sra. G. V. y la niña L. F.

Funda su pretensión en los art. 560 y ss del CCyC y ofrece prueba documental e informativa.

2) Que a fs. 16/17 y 18 obra el consentimiento informado suscripto por la Sra. S. L. F. para la obtención y utilización de material genético provisto por donante anónimo;

3) Que a fs. 19 obra el consentimiento informado protocolizado suscripto por Sra. S. L. F. en carácter de paciente, y la Sra. G. A. V. en carácter de cónyuge para la realización de la Fertilización in vitro (Inyección intra citoplasmática ICSI por sus siglas en inglés.)

4) Que a fs. 32 es oída la Representación Pupilar, quien resuelve no tomar intervención.

5) Que a fs. 34/35 obra dictamen de la Sra. Fiscal Dtal., quien manifiesta que cuando ha existido consentimiento previo libre e informado –no revocado– para utilizar técnicas de reproducción asistida la voluntad de asumir los deberes y derechos inherentes a la responsabilidad parental no puede abdicarse intempestivamente, dado que de esta manera se vulneraría el interés superior del niño. Por último, indica que el documento emanado por las usuarias de las TRHA genera un vínculo filial indestructible e irrevocable.

En consecuencia, considera que debe rechazarse la pretensión articulada.

6) Que a fs. 36, a fin de contar con mayores elementos de prueba, se requiere al Centro interviniente que se sirva remitir la historia clínica de la Sra. S. L. F., la que obra a fs. 40/42

7) Que a fs. 43 se llaman autos para Sentencia, providencia que se encuentra firme; y

CONSIDERANDO:

I Que el uso cada vez más extendido de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) tanto en el mundo como en nuestro país desde 1970 en adelante ha revolucionado el derecho filial, a tal punto que su complejidad y especialidad han motivado su regulación como una fuente filial autónoma y distinta a las ya conocidas filiaciones biológica y adoptiva.

Consecuentemente, los conflictos filiales deben resolverse con reglas distintas, propias de este tipo filial, instauradas a partir del art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) sin que quepa aplicar los principios y acciones derivados de la filiación biológica.

Y es que, *“Las THRA han permitido separar la reproducción humana de la sexualidad; dicho de otro modo, la reproducción es posible sin contacto sexual, consecuentemente, quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras palabras, lo biológico no comprende siempre lo genético, ni lo genético comprende siempre lo biológico. (Marisa Herrera y Eleonora Lamm en Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2015. Pág. 382). Y a mayor abundamiento han dicho que “Las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando este último primacía”. (op cit. Pág 383).*

II Que llegado este punto, es necesario dirimir entre el fondo y la forma de esta voluntad, que la doctrina –y el CCyC así lo ha receptado- ha dado en llamar “voluntad procreacional”, el elemento central y preponderante en esta tercera fuente filial. En cuanto a la primera de ellas se debe analizar su naturaleza jurídica y cómo debe estar compuesta esa voluntad, y en cuanto a la segunda, se deben observar los requisitos para exteriorizarla.

En cuanto a la primera cuestión, debemos tener presente que la voluntad de tener un hijo responde a un proceso, y no a un momento. Como se ha sostenido: “El consentimiento es entendido como un proceso que culmina con la

firma del correspondiente instrumento escrito en el que se vuelca la voluntad procreacional. Se trata de un proceso, ya que las personas deben estar debidamente informadas de lo que implica la práctica médica en análisis, las consecuencias, riesgos y complejidades que trae consigo y demás información necesaria, lo cual involucraría asesoramiento interdisciplinario, es decir, médico, psicológico y jurídico” (Ricardo Luis Lorenzetti Director. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Miguel Federico de Lorenzo. Pablo Lorenzetti. Coordinadores. Tomo III. Arts. 446 a 593 Ed. RUBINZAL - CULZONI. Santa Fe. Pág. 497)

Por otro lado es necesario reiterar que el elemento volitivo cobra especial trascendencia porque es el único elemento siempre presente en este tipo filial, entendiéndose como tal al deseo de ser padre, de generar descendencia vinculado estrechamente al derecho a la salud, la autonomía personal, privacidad, intimidad, disfrutar del avance de la ciencia y la protección integral de la familia.

En cuanto a la forma de exteriorizarlo, el Código de Fondo exige tres elementos. En primer lugar, el art. 560 de dicho ordenamiento prevé que este consentimiento debe ser actual, recabado por el Centro de Salud interviniente, y lógicamente— en concordancia con la Ley 25529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud- debe ser previo, pleno, libre e informado.

Es decir, por “previo”, entiendo que en este caso el mismo debe ser anterior uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y debe ser otorgado antes de cada tratamiento. Por “informado” debe entenderse que las comitentes deben comprender los alcances del uso de estas técnicas; y conocer las consecuencias, riesgos y complejidades y demás información relevante de estas prácticas, tanto médicas como jurídicas. Y será tenido por “Libre” cuando se acredite la ausencia de vicios.

En segundo lugar (art. 561 CCyC), habiendo observado los requisitos antes mencionados, este documento firmado por el o los pretensos progenitores debe ser protocolizado ante escribano público o ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción de que se trate.

Por último, el art 562 exige que el consentimiento sea presentado ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin de ser inscripto en el legajo base del nacido. Para ir un poco más allá, cabe recordar que el art. 563,

al tratar el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a partir de la utilización de TRHA, establece expresamente que “la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”.

La formalidad de la inscripción obedece a dotar al sistema filial derivado del uso de TRHA de la coherencia y trascendencia necesarias respecto de la exteriorización de la voluntad. Sin la observancia de este requisito, no sólo se vulneraría el derecho a la identidad del niño que nace (pues no podría conocer que su origen se debe al uso de TRHA, sea con o sin donante anónimo) sino que también se debería presumir, erróneamente claro está, que el niño ha nacido de manera biológica y por tanto, le serían aplicables las normas relativas a la filiación biológica.

Al decir de los propios fundamentos del mismo Código Civil y Comercial de la Nación, “Esta voluntad procreacional debe ser expresa y protocolizada ante escribano público; además, se inscribe en el correspondiente Registro Civil inmediatamente el niño nace. Por aplicación de la teoría de los actos propios, son inadmisibles las acciones de filiación (impugnación o reclamación) por parte de quien prestó consentimiento libre, pleno y formal a las técnicas de reproducción humana asistida”.

Por otro lado, debe atenderse a la taxatividad de la forma. En este sentido, se ha dicho que “el Código excluye de manera precisa toda posibilidad de “consentimiento presunto”, por lo cual, si el consentimiento por diferentes razones no pudo ser manifestado con los requisitos que prevé la norma, se entiende que no se pueden aplicar las reglas relativas a la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida”. Ricardo Luis Lorenzetti Director. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Miguel Federico de Lorenzo. Pablo Lorenzetti. Coordinadores. Tomo III. Arts. 446 a 593. Ed. RUBINZAL - CULZONI. Santa Fe. Pág. 494)

III. Que a fs. 19/20 obra el consentimiento informado suscripto por las peticionantes, del que se advierte que el mismo no cumple con los requisitos exigidos por la ley 25.529 y el Código Civil, esto es, su otorgamiento previo, pleno, libre e informado. Y es que dicho documento posee previsiones sólo médicas, sin referirse a los efectos jurídicos que necesariamente se derivan del

uso de una Técnica de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad como lo es la Fertilización “in vitro”. Lo que es advertido por la propia Sra. F. cuando sostiene que: “ha priorizado el Centro de Salud los aspectos médicos en su consentimiento informado, dejando de lado las cuestiones jurídicas esenciales en este segundo tramo el consentimiento respecto de G. V., no encontrándose perfeccionado en los términos que lo exige el Código en su título V Capítulo 2, respecto de la filiación por voluntad procreacional” (ver fs. 26 tercer párrafo.).

Incluso si así lo fuere, y siendo que el mismo se encuentra protocolizado ante escribano público, no debemos olvidar que si bien es cierto que la obligación de recabar un consentimiento pleno libre e informado recae sobre el centro de reproducción, hospital, centro de salud, etc.; la protocolización a inscripción de dicho consentimiento recae sobre quien intenta hacer valer la voluntad procreacional allí exteriorizada.

Volviendo al caso en concreto, se ha omitido un paso clave exigido por la ley, esto es la inscripción del consentimiento informado protocolizado en el legajo base de la niña nacida por TRHA en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En este sentido, cabe nuevamente recordar que la finalidad de la protocolización del documento es justamente su inscripción, por ello el Ministerio de Salud de la Nación ha dictado en fecha 22/05/2017 la Resolución 616-E/2017, cuyo artículo 2 reza: “Los consentimientos informados otorgados en los términos del artículo 1º de la presente medida, podrán ser protocolizados ante escribano público o ante esta autoridad sanitaria a efectos de ser presentados ante el Registro del Estado Civil Y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos aires, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

Todo legajo base que se confecciona en los registros civiles y sobre el cual se procede a inscribir a un niño y expedir la correspondiente partida de nacimiento debe contener, además de la ficha del recién nacido y la documentación relativa a los progenitores (copia del DNI) y la partida de matrimonio si están casados, los correspondientes consentimientos informados, porque son la exteriorización de la voluntad procreacional (con total independencia de si aportaron o no los gametos o embriones) debidamente protocolizados o certificados por la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

En este caso, debo suponer con alto grado de certeza que, o bien la Sra. F. no ha declarado ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas al momento de inscribir a la niña que la misma había nacido por el uso de TRHA, o bien dicho Organismo no recabó la información que debía, y por tal motivo no advirtió tal circunstancia.

De lo contrario, el consentimiento protocolizado en cuestión debió haberse agregado necesariamente al legajo base de la niña L. F., y la partida debió haberse expedido a nombre de la Sra. F. y de la Sra. V., lo que evidentemente no ocurrió.

IV. Que en la misma línea argumental, es necesario observar lo dispuesto por el Código de Fondo al regular el Derecho a la Información de los niños nacidos por TRHA, puesto que el acceso a esa información surgirá en primer lugar del centro de reproducción por ante el cual se realizó el tratamiento, pero también mediante la compulsión del consentimiento informado protocolizado inscripto en el legajo base de Registro Civil. De ahí que el art. 563 del CCyC prescriba que, "(...) la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero (como en este caso) debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento".

V. Que por otro lado, acerca la vía intentada, esto es, la acción declarativa de certeza, se ha dicho que "No se requiere sin embargo, la existencia de una lesión actual, resultando suficiente la incertidumbre de una relación jurídica, de sus modalidades o de su interpretación, que cause un perjuicio que autoriza a quien tiene un interés jurídico, a hacerla funcionar" (Augusto Mario Morello, Gualberto Lucas Sosa y Roberto Omar Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación", Comentados y Anotados, TOMO IV-A. Ed. Lexis Nexis. Pág.321). En el caso de autos, la Sra. F. fundamenta su pretensión en una duda razonable acerca del vínculo entre la niña L. F., y su ex pareja, la Sra. V., puesto que en el centro de Reproducción "Pregna" le habrían hecho saber que la misma figura como "madre" de aquella en sus registros.

Sin embargo, "La acción declarativa no se concede a título consultivo ni puede tener por objeto una indagación meramente especulativa, sino que debe sustentarse en un "caso" invocado por el titular de un interés jurídico concreto.

No se trata de pretender que el juez interprete abstractamente una norma jurídica, ni que se pronuncie respecto de supuestos de hecho sólo hipotéticos. Ahora bien en los términos de la Ley Fundamental, “causa” es la que responde a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal”. (Augusto Mario Morello, Gualberto Lucas Sosa y Roberto Omar Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación”, Comentados y Anotados, TOMO IV-A. Ed. Lexis Nexis. Pág.322).

Entiendo que en el caso que nos ocupa, no hay causa en los términos indicados por la dictada doctrina sino que se pretende precisamente, una declaración sobre un supuesto de hecho hipotético. Es la propia accionante en su demanda de fs. 24/27, quien expresa que el objeto de la misma es “hacer cesar el estado de incertidumbre acerca de la existencia del eventual vínculo jurídico materno-filial denunciado por el Centro Pregna y posibles daños y consecuencias jurídicas que esta situación podría acarrear en el futuro”.

Según surge de fs. 12, no puede existir controversia acerca del vínculo jurídico actual entre la niña L. F. y la Sra. G. A. V., puesto que de dicho documento surge que la única progenitora es la Sra. S. L. F. Dicho de otra manera, no existe vínculo alguno entre la Sra. V. y la mencionada niña.

VI. Que a esta altura, es necesario destacar que tampoco se trata del presente de un juicio de filiación, en el que la Sra. F. intenta desplazar a la Sra. V. como progenitora de la niña L. F., el que tampoco debería prosperar porque aquella, como se dijo, no posee el vínculo pretendido con esta.

Por último, no puede operar presunción alguna en cuanto a la maternidad de la Sra. V., toda vez que la misma reconoce expresamente no haber formado parte del proyecto parental llevado a cabo por la Sra. F., y porque además, no se encuentra conviviendo con la misma, presupuesto exigido por el Código Civil y Comercial.

VII. Que respecto del material genético Crio preservado, se debe tomar como punto de partida insoslayable el antecedente jurisprudencial “Artavia Murillo Gretel y otros c/ Costa Rica”, en cuya sentencia del 28/11/2012, la Corte Interamericana de Derechos humanos, en lo que aquí nos convoca y en torno a la interpretación del art. 4.1 de la Convención de Derechos Humanos, ha dicho que: “Antes de la implantación no procede aplicar el artículo 4 de la Convención

Americana de Derechos Humanos” y que “No es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona, en los términos del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ni del art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni de la Convención sobre los Derechos del Niño ni de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana” (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

Es por esta razón que, al tratarse de una categoría intermedia entre una persona y una cosa, en el Derecho Comparado la regulación de las cuestiones referidas a un embrión no implantado resultan ser objeto de una ley especial, y no del Código Civil. En el caso Argentino y en cuanto derecho proyectado se refiere, cabe recordar en este sentido que en alguna ocasión, el art. 19 del CCyC rezaba “En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, (la existencia) comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

Ahora bien, si bien es cierto que la protección de embrión no implantado no se encuentra legislada a la fecha, cabe observar lo interpretado por el Tribunal Internacional en el antecedente citado, obligatorio para todos los países que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

En suma, si los embriones crio preservados no revisten el carácter de “persona” humana en sentido jurídico, erróneamente puede hablarse de “madre”, al referirse a su responsable o titular. En todo caso, quienes hayan prestado su consentimiento pleno, previo libre e informado, respecto del material genético crio preservado, serán quienes deban pronunciarse sobre su destino, cualquiera fuere, mediante notificación fehaciente al Centro de Reproducción encargado de su mantenimiento, sin que quepa intromisión judicial injustificada. Dicha pronunciación podrá ser efectuada en cualquier momento, pero claro está, necesariamente deberá realizarse cada vez que se pretenda utilizar el material genético en una TRHA (conf. Art. 560 in fine del CCyC).

Por último, en este caso en particular, debemos remitirnos estrictamente al consentimiento informado que dio lugar al material genético objeto de controversia.

De una atenta relectura de estos autos se desprende que no existe un consentimiento informado específico relativo a la criopreservación, y que del documento agregado como fs. 19/20 surge que el mismo se encuentra suscripto por ambas peticionantes, lo que no deja margen a la duda o la interpretación, sino que es evidente que ambas resultan ser titulares de los embriones crio conservados. En tal sentido, la Sra. G. A. V. deberá ocurrir por la vía y forma que estime corresponder por ante el Centro de Reproducción "Pregna", a efectos de manifestar su voluntad respecto de los embriones crio preservados.

Por todo lo expuesto, y en virtud de lo normado por los art. 7, 8.1, 9 de la CDN, art. 19 y 33 CN, art. 12 inc. 2 y 25 de la Constitución de la Prov. Bs. As., los art. 19, 558, 560, 561, 562,563 del CCyC, art. 2, 5 y 6 de la ley 25.529, art. 3 9 y 11 de la ley 26.061, art. 4 de la ley 13.298 y art. 322 del C.C.P.C.,

RESUELVO:

1) RECHAZAR la pretensión incoada por las Sras. S. L. F. y G. A. V. solicitando el cese de estado de incertidumbre respecto del vínculo materno-filial entre ésta y la niña L. F.

2) RECHAZAR la pretensión incoada por las Sras. S. L. F. y G. A. V. solicitando el cese de estado de incertidumbre respecto de la titularidad de ésta sobre los embriones crio preservados.

3) Regular los honorarios de las profesionales intervinientes considerando que las tareas desarrolladas por las mismas fueron íntegramente cumplidas durante la vigencia del D.Ley 8904/77, habiéndose observado el art. 61 de la ley 14967 (cfme Decreto 522/17) de la siguiente forma:

- A la letrada patrocinante de la Sra. S. L. F., Dra. L. D. N. G. (T° XVII F° 119 C.A.S.M.), y a la letrada patrocinante de la Sra. G. A. V., Dra. M. C. (T° LXIII F° 464 C.A.L.P.) en la suma equivalente a 10 (diez) JUS para cada una, en ambos casos con más adición legal correspondiente (arts. 9 inc. 7, 16, 22, 28, 53 y conc. D.Ley 8.904/77).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE a las partes mediante cédula a su domicilio constituido por Secretaría, y a los Ministerios Públicos Pupilar y Fiscal en su Público Despacho.

Pablo Ernesto Raffo

Juez

En se libraron dos cédulas y se remitieron electrónicamente a
la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de San Martín.

Leandro Agustín Ranni

Auxiliar Letrado

En pasó a la Asesoría.

Leandro Agustín Ranni

Auxiliar Letrado