

Mendoza, 4 de Abril de 2018

Y VISTOS:

Estos autos arriba intitulados de los que;

RESULTA:

Que a fs.49/53 se presentan los Sres. G. A., C. E. O. y D. A. M., solicitando autorización para la transferencia de embriones de G. y C. en el vientre de la hermana de la primera, Sra. D. A. M., quien se ofreció como portadora y gestante de hasta un embrión por cada oportunidad los que serán logrados a través de técnicas de reproducción asistida in vitro- en principio con material genético de G. y C. y en el supuesto de no ser viable de esa forma, a partir de óvulos aportados por G. y de espermatozoides aportados por donantes anónimos. Manifiestan que G. nació en la provincia de San Juan viviendo allí con sus padres y sus dos hermanas, D. y Mariana, que cuando G. tenía 16 años le diagnosticaron Diabetes tipo 1. Que en el año 2004 se trasladó a la provincia de Mendoza a estudiar la carrera de odontología y viviendo en ésta provincia es que conoció a C., que así las cosas, comenzaron una relación de noviazgo y en la cual comenzaron a convivir en el año 2010. Que varios años después comenzaron la ardua búsqueda de un hijo, lo que fue dificultoso atento las patologías de G. (edema macular diabético, obstrucción en la trompa de Falopio derecha y recorrido tortuoso en la trompa izquierda) situación por la cual se le informó que tal vez no podría lograr un embarazo. Expresan también, que se le detectó en los análisis proteinuria con valores muy altos lo que fue generando una lesión renal la que con el tiempo se agravaría ante un posible embarazo, y que además la medicación para dicha patología está contraindicada en los embarazos. Que C. padece de Tranlocación robertoniana, y que las personas que padecen de dicha afección pueden ver afectadas su fertilidad o incluso pueden provocar en los embarazos producidos, abortos repetidos, que de hecho y con el consentimiento de los médicos tratantes de G., se sometieron a las técnicas de fertilización asistida in vitro en el centro médico C.R.E.O con el Dr. Luciano Sabatini, y si bien se logró un embarazo, el mismo se detuvo en la semana séptima. Que luego de varias consultas médicas se concluyó que un embarazo en G. comprometería seriamente su vida. Que frente a ésta situación y la imposibilidad de G. de llevar adelante un embarazo, es que su hermana D. se ofreció a gestar el embrión de G. y C., siendo ésta la única posibilidad con que cuentan éstos últimos para poder tener un hijo genéticamente propio.-

Expresan que el procedimiento al que se someterán y por el cual solicitan la presente autorización, consiste en la fertilización in vitro DGP, en el centro Privado de Medicina y Genética reproductiva CEGYR de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires bajo la dirección del Dr. S. P.-

El esposo de la Sra. D. A. M. presta conformidad a lo solicitado en la presente demanda, concurriendo a suscribir el escrito de demanda conjuntamente con los presentantes. Ofrecen prueban y fundan en derecho.-

Que a fs. 55 se tiene a los presentantes por parte y domiciliados en el carácter invocado.- Que cumplido el previo de fs. 55, se admiten las pruebas ofrecidas y se ordenan los actos útiles para su producción.-

Que a fs. 59, el juzgado ordena la prohibición de innovar en lo que respecta al objeto de la pretensión original.-

Que glosan en autos las pruebas producidas a saber: las instrumentales oportunamente agregadas, y la pericial psíquica/psiquiátrica practicada a los presentantes y que se agregan a fs.69/72 y fs. 77/80.-

No existiendo prueba pendiente de producción, se corre vista al Ministerio Pupilar, quien emite

dictamen a fs.86/87 quedando los autos en estado de resolver a fs.88.-

Y CONSIDERANDO:

I- Que en autos se ha solicitado autorización para realizar una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), consistente en la transferencia del embrión generado por la fertilización in vitro, fecundación producto de los óvulos obtenidos de la madre genética, G., y de los espermatozoides aportados por el padre genético, C. (o frente al caso de imposibilidad de esto último, mediante donación de espermias), en el útero de D., en adelante gestante, hermana de la actora, lo que es conocido en doctrina, jurisprudencia y derecho comparado como ``gestación por sustitución entre otras denominaciones [Krasnow, Adriana N. ``La filiación , La Ley, Bs. As., 2006, p.229].

La gestación por sustitución - estaba prevista en el anteproyecto de lo que hoy es el nuevo Código Civil y Comercial-, como una de las nuevas fuentes de filiación. Fue un tópico muy debatido, sin embargo y con la excusa de que los dilemas éticos y jurídicos que conlleva la gestación por sustitución son de una envergadura tal que ameritaría un debate más profundo, se decidió excluir del Código esta figura, que existe en un número creciente de países del mundo.

Sin embargo, aun cuando se ha optado por silenciar una realidad existente, creándose un vacío legal de permanente fuente de conflictos, incertidumbre, y sufrimientos, no existe norma legal expresa que prohíba la gestación por sustitución, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización.

Por consiguiente, debo entender que se trata de una TRHA permitida en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en razón del principio de legalidad (art. 19 CN) todo lo que no está prohibido está permitido. Así lo explica Gil Dominguez: ``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 CN) [Gil Dominguez, ``La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico , Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 30).

Si bien es cierto que la subrogación se aplica como terapia para una mujer con infertilidad cuando presenta algún problema en su útero o porque su salud está afectada y corre un riesgo de vida en caso de embarazo, pero no solo en esos casos-aunque a lo mejor son los más frecuentes, y esto así, por cuanto doctrinas recientes afirman que hoy en día ya no hablamos más de la mujer que busca un hijo, sino de la /s persona/s que quieren un hijo. Y por tanto hay casos en los que la subrogación es el único camino.-

En éste orden de ideas, los argumentos basados en la libertad reproductiva, permiten afirmar hoy el derecho de los individuos a la libre decisión de procrear o no, elegir cuando, con quién y cómo hacerlo. En tanto la libertad del sujeto es una regla, cualquier limitación a ella debería ser considerada una excepción.

II- Otro punto importante a destacar es que la gestación por sustitución, es una TRHA que presenta diversas variables, todas las cuales implican una disociación entre tres elementos o factores que pueden coincidir o no en el acto de la procreación: el factor genético, el factor gestacional y el factor volitivo o socioafectivo, pudiéndose producir un quiebre en la unidad de la maternidad al concentrarse en diferentes personas la maternidad genética persona que aporta los gametos y la maternidad gestacional persona que lleva a cabo el embarazo con la posibilidad de que recaiga en una misma persona o no la maternidad genética y gestacional, siendo lo tipificante que, reposa en otra u otro la responsabilidad de asumir la maternidad/ paternidad social y legal [Famá, M.Victoria, ``La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que

demuestra la necesidad de legislar , DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 197; Krasnow, A. N.; Tratado ..., op. Cit., p. 61].

Entiendo que la distinción supra mencionada reviste de vital importancia Si se tiene en cuenta que es la utilización de las THRA la que ha generado una nueva categoría de filiación y así está contenido en el código CyC cuando dispone : ``... La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código... (art. 558)

Por su parte el art. 562 del mismo cuerpo normativo establece: Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

En éste orden de ideas, vemos también, que es el propio código civil y comercial, el que introduce además, el concepto de VOLUNTAD PROCREACIONAL, como fuente de filiación en las técnicas de reproducción humana asistida. Así, para determinar la filiación de un bebé nacido mediante TRHA, se tendrá en cuenta quienes tuvieron voluntad procreacional de darle vida (elemento volitivo), independientemente del aporte gamético (elemento genético).-

Es decir, la voluntad procreacional es el eje o columna vertebral de la determinación filial en los casos de filiación derivada de TRHA. Tal es así que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento formal, informado y libre, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA.

Esta desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde a la consolidación de la reproducción humana asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un primer lugar privilegiado. Tan así es que se habla de una ``desbiologización de la paternidad , focalizándose en la parentalidad voluntaria como hecho jurídico compuestos de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.-

Consecuentemente la filiación en estos casos se determina respecto de las personas que acuden a la gestación por sustitución sobre la base de la voluntad procreacional, independientemente de que también aporten ambos , en caso de ser posible, el material genético. Esto es así, porque destacar el papel de la biología implica establecer que la filiación, también en la gestación por sustitución, descansa en la procreación, cuando claramente no es así. Sería altamente negativa la idea de que sólo las relaciones genéticas importan en materia de filiación y, de este modo, se margine a las madres y los padres intencionales, privándoles de cualquier relación legal con sus hijos o hijas.

III- Ahora bien, entiendo que lo explicado ut supra, es de relevancia en la cuestión a resolver. En efecto, en éste proceso las partes sólo han solicitado la autorización judicial para realizar la transferencia de embriones, sin embargo vemos que las THRA no requieren de tal autorización al no estar prohibidas. Entonces cabe preguntarse cuál sería la cuestión a resolver.-

Para responder a tal interrogante debe recurrirse al art. 562 del CCivCom. en el cual el legislador ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución en el país, ya que sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura.

Es decir, el eje central a resolver- aunque advierto que las partes expresamente no se han expedido en tal sentido.- y a la luz de lo establecido por el art. 562, es la determinación de la filiación de ese bebé que nazca de la gestante- D.- , y que a su vez ha sido fecundado con material genético de G. y C., o de G. y un donante de espermas (tal como ha sido solicitado en el objeto de la presente causa fs. 49 punto III).-

Claramente , resultaría contradictorio aplicar la regla del artículo 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico del mismo Libro Segundo, Título V, reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial, a más de implicar directamente una grave vulneración al derecho a la filiación del niño o niña que como consecuencia de este tipo de técnicas nazca, al obligarlo/a a mantener una filiación materna con quien no ha querido asumir ese rol, habiéndolo manifestado previo y fehacientemente, privándolo del verdadero vínculo filiatorio y de su derecho a la identidad subjetiva . Asimismo, constituiría una grave vulneración a los derechos de la mujer no gestante que hubiera otorgado su voluntad procreacional, en un claro trato desigualitario y discriminatorio desconociéndole los derechos que la propia ley del mismo cuerpo normativo le otorga.

Como también implicaría una seria afectación al derecho a la libertad y privacidad de la mujer gestante, obligándola a ser madre cuando precisamente su voluntad es de no serlo ``Madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, ``N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento).

Al respecto debo destacar que cada vez hay más y más sentencias judiciales que no sólo autorizan éstas prácticas, sino que además ordenan que los hijos nacidos como resultado de ellas, sean anotados en el Registro Civil como hijos de los padres procreacionales, o sea los padres que tuvieron la intención y prestaron el consentimiento previo e informado de ser padres de ese niño recurriendo para ello a declaraciones de insconstitucionalidad o anticonvencionalidad de la norma del art. 562 del CCC (Juzgado de Familia de Lomas de Zamora-Sala/Juzgado: 7-Fecha: 30-dic-2015, .82, F.380. N°3923 ROSARIO, 05 de diciembre de 2017 ``H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS, Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza ``C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento del 15 de diciembre de 2015; expediente n° 3099/16/2f, de fecha 4/9/2017 del Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, entre otros).

Consecuentemente, conforme la norma del artículo 558 del código civil y comercial, la filiación puede tener lugar mediante técnicas de reproducción humana asistida, sin distinguir sub especie alguna de TRHA. Luego, siendo la gestación por sustitución gestacional hipótesis de la que trata el presente caso un tipo de TRHA, queda comprendida en la norma referida. Por ende, la filiación del niño/niña/s que como consecuencia de la realización de la TRHA que por el presente se autoriza, nazca, se determinará a través de la voluntad procreacional manifestada en el consentimiento previo, libre e informado, conforme lo estipulado en el artículo 575 CCC.

Refuerzan tal conclusión los derechos fundamentales en juego que deben ser amparados, los que de realizarse una interpretación diversa a la formulada, aplicando irrazonablemente la regla del art. 562 CCC, sin guardar coherencia y armonía con las fuentes constitucionales y convencionales, se verían seriamente dañados. Como es el derecho a la filiación y de ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento.(T.82, F.380. N°3923 ROSARIO: 5/12/2017-``H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS) . Es por todo ello que entiendo que en nuestro caso, no resulta aplicable el art. 562 del CCON.-

IV- Desde que surge acreditado en autos que un embarazo en G., sería de altísimo riesgo para su vida, debido a las complicaciones de la Diabetes (informe médico de fs. 38), que de la gestante se ha evaluado y corroborado con los distintos informes psicológicos agregados en la causa que no se observan obstáculos subjetivos sea para la comprensión de la información,

importancia y de las implicancias o efectos, como así también del libre consentimiento para que inicie tratamiento de subrogación de vientre, que a su vez el esposo de ésta última acompaña y consiente el procedimiento al que será sometida, es que cabe concluir que corresponderá hacer lugar a lo solicitado, ordenando además la inscripción del niño/niña, o de los/las niños/niñas que como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida sea/n dados a luz por la Sra. D. A. M., como hijo/hija o hijos/hijas de G. A. y C. E. O..

“La respuesta jurídica más justa es reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser sus padres. Es que la fuente de esa filiación es la voluntad procreacional. (Cita: MJ-DOC-11950-AR | MJD11950-16/08/2017)

No tengo duda que en nuestro caso nos encontramos frente a un fin absolutamente altruista y que la voluntad de los protagonistas de éste proceso, no está viciada y que por tanto comprenden cabalmente lo que están por emprender, y es por todo ello, que entiendo no puede ser otra la solución.

Lo contrario implicaría para G. y C. crear una barrera inaccesible para ellos en el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar.

Así se ha sostenido: “la filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana, el derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las técnicas de reproducción humana asistida garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución. (Gil Dominguez, Andrés, “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiología”, LLOnline].

G. y C. titularizan en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a los procedimientos y técnicas de gestación por sustitución sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que, en su caso, la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada técnica.

La procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos de antigüedad. Los niños ya no son concebidos en el o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética, no es ni ha sido nunca el único, ni siquiera el principal criterio en el que se pueda basar el linaje. Esta situación prevalece en todas sus partes: el hecho social no se puede equiparar al hecho biológico (Heriter Françoise, Masculin/Féminin La Pensée de la différence, Odile Jacob, París 1996. Comité consultatif National D Éthique de Francia).-

Es por todo lo expuesto;

RESUELVO:

1.- Autorizar la transferencia embrionaria en el útero de la gestante Sra. D. A. M., obtenido/s como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida a realizarse, de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por la nombrada y los comitentes Sra. G. A. DNI N° y C. E. O. D.N.I. N°

2. Ordenar la inscripción del niño/niña, que como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida sea dado a luz por Sra. D. A. M., D.N.I. N° , como hijo/hija de G. A. DNI N° y C.

E. O. D.N.I. N°, debiendo el Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas correspondiente, expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 del código civil y comercial de la Nación, librándose los oficios pertinentes a los fines de la toma de razón lo aquí dispuesto.

3. Imponer a los progenitores G. A. DNI N° y C. E. O. D.N.I. N° el deber de informar al hijo/hija sobre su realidad gestacional, cuando alcance edad y grado de madurez suficiente. 4. Disponer la obligación de la empleadora de la Sra. G. A. DNI N° y C. E. O. D.N.I. N° de reconocer y garantizar todos los derechos que la legislación prevé a los padres para el cuidado temprano de hijos recién nacidos, en particular, concesión de licencias u horarios especiales por lactancia, bajo apercibimiento de ley, debiendo oficiarse para su toma de razón y quedando a cargo del profesional letrado interviniente el diligenciamiento del oficio respectivo. 5. Se ordene al "centro Privado de Medicina y Genética reproductiva CEGYR de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada, especialmente en lo referido a los datos sobre la información genética para que esté disponible si lo requieren los padres o los niños, por sí. Ello sin perjuicio de la posibilidad de revelarse la identidad de la donante por razones fundadas, previa evaluación del juez (cfr. Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales).

6.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. LUISA VOLOSCHIN en la suma de PESOS DOCE MIL (\$12.000) por la labor profesional desarrollada en autos (art. 10 ley 3641).- 7.-. Notifíquese al Ministerio Pupilar y a las partes según corresponda.-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE

DRA. NATALIA LORENA VILA
Juez de Familia
GE. JU. A. F. MAIPU

DRA. MARIA DANIELA ALMA
Secretaria
GE. JU. A. F. MAIPU