

M., R. J. Y OTROS s/MEDIDAS PRECAUTORIAS

Buenos Aires, de abril de 2019.-

AUTOS Y VISTOS:

I.- Para resolver la demanda por inscripción de nacimiento (TRHA – Gestación por Sustitución -) e inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN peticionada por los Sres. C., R. y R.

Se presentan los nombrados e inician la presente acción solicitando el dictado de una medida cautelar innovativa urgente y el dictado de una sentencia definitiva.

La cautelar mencionada atinente a la autorización judicial para la inscripción del nacimiento de la niña, que en ese entonces estaba por nacer, que se encontraba en el vientre de R., como consecuencia de haber celebrado entre los tres actores un contrato de gestación por sustitución, requiriendo la inscripción con el prenombre de “L.” y con los apellidos de los cónyuges “P. M.” y como hija de éstos, la que fuera concebida mediante técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos masculinos del actor P. y un óvulo donado anónimamente.

Requieren asimismo el dictado de una sentencia, en la que luego de valorada la prueba ofrecida o que eventualmente el suscripto ordenare producir para mejor proveer, se ordene la inscripción definitiva y/o se mantenga la inscripción cautelar ordenada como se solicita.

Manifiestan respecto de la competencia que el suscripto resulta competente dado que el nacimiento de la niña estaba prevista para nacer en esta ciudad.

Relatan los Sres. P. y M. que se conocieron en enero de 2004 y comenzaron una relación sentimental al cabo de unos meses comenzaron a convivir primero en un departamento, luego, con un préstamo hipotecario que ambos tramitaron juntos, un dúplex, y finalmente una casa en la zona céntrica de Lanús, siendo entonces cuando nació el deseo ser padres y comenzaron a soñar una familia con hijos.

Luego refieren que en el año 2012 ambos empezaron a trabajar en la misma empresa y en el año 2005 pusieron en acción su deseo de ser padres comenzando a evaluar que las Técnicas de Reproducción Asistida era la vía para poder lograr su sueño de formar una familia acorde a sus deseos, decisión que tomaron motivados en el profundo deseo de ser padres.

Ello, mencionan, les costó tres años hasta este momento que sólo pudo ser posible gracias a su amiga R. con quien hablaron del tema y que de manera desinteresada, altruista y en un acto de amor inconmensurable ofreció su vientre para gestar a su hija L.

En cuanto a la relación que los une con la gestante refieren que se conocieron hace 26 años en el Luna Park compartiendo una pasión, el teatro musical, en el musical Drácula, formando con R. y otras personas con intereses comunes un grupo interesante de amigos que sigue siendo muy unido hasta el día de hoy.

Por su parte R. refiere que es amiga íntima de los actores P. y M., y que ella tiene dos hijos propios fruto de un matrimonio anterior encontrándose divorciada.

Así las cosas cuentan, que siendo el deseo de la pareja tener un hijo con un vínculo biológico con alguno de ellos se interiorizaron por la gestación por sustitución por lo que recurrieron los tres al centro de fertilidad Fecunditas donde efectuaron la fertilización asistida mediante inseminación en parte homóloga compuesta de la dación de espermatozoides del Sr. P. y en parte heteróloga correspondiente a la extracción de los ovocitos de una donante anónima para luego de conseguida la fecundación extracorpóreamente transferir el embrión en el vientre de R.

Manifiestan que en dicho proceso fueron cumpliendo con los recaudos legales necesarios, que pese a no estar contemplados en la legislación, son requisitos que la doctrina y jurisprudencia han ido delimitando.

De tal modo refiere que con fecha 19/12/17 firmaron entre los tres un consentimiento informado en los términos de los arts. 560 y 561 del CCCN y Ley 26.529, tanto a fin de plasmar la voluntad procreacional del matrimonio P.M. como de manifestar la conformidad con el procedimiento en los términos de la Ley de derechos del paciente.

Citan doctrina y jurisprudencia a la que remito en honor a la brevedad y fundan la pretensión en el art. 19 de la

Constitución Nacional, art. 560 y 561 del CCCN, como así también de los tratados de derechos humanos incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

Asimismo plantean la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN (determinación de la maternidad), dado que el actual sistema de determinación de la filiación y específicamente el de la maternidad no contempla situaciones y realidades familiares como las que plantean en autos, también plantean la inconstitucionalidad del art. 177 de la Ley 20.744 (licencia laboral por maternidad) para que la mismas se extienda a los tres actores.

Esto último, aclaro, es una cuestión que ha devenido abstracta dado que a la altura de este decisorio ya acaeció el nacimiento de a niña, habiendo transcurrido en plazo de licencia encontrándose las partes laborando nuevamente.-

II.- De las constancias de autos surge que las partes peticionantes han comparecido, conforme surge del acta de fs. 72, oportunidad en la que la Sra. A. ratificó en todos sus términos el contrato y el consentimiento que surgen de las actas notariales que obran a fs. 17/21 y 22/24 de las presentes.-

Consta también a fs. 74 el acta labrada por la Trabajadora Social del Juzgado quien compareció al Sanatorio Otamendi el día 27/08/18, fecha en que se produjo el nacimiento de la niña, ratificando la gestante en esa oportunidad su voluntad de entregar la niña que diera a luz en el día de la fecha en la mentada institución a los cónyuges C. y R.

A fs. 76/77 se resuelve la medida cautelar inonovativa, en virtud de no encontrarse a esa altura las actuaciones en condiciones para el dictado del decisorio definitivo dado que el consentimiento informado suscripto no reunía los requisitos legales previstos por la norma de fondo – art. 561 del CCyCN - siendo que no se encontraba suscripto por el director del instituto que encabezaba dicho contrato, tampoco se encontraba en ese entonces la prueba que hiciera caer la presunción de paternidad dispuesta por el art. 566 del CCyCN respecto de la gestante quien no había acreditado la firmeza de la sentencia de divorcio de los autos sobre ese objeto contra quien fuera su cónyuge, Sr. R., actuaciones en trámite por ante el Tribunal de Familia nro. 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

En este decisorio dispuse el rechazo de las medidas innovativas solicitadas dada a falta de los requisitos formales supra citados.

A fs. 115 ante la revocatoria planteada a fs. 114 por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces ordené la inscripción preventiva en los términos de la Disposición 103 2017 de la DGRC de L., como se llamó a la niña.

El decisorio de fs. 76/77 apelado por las partes peticionantes fue confirmado por el Superior a fs. 136/137.-

A fs. 170 se presentaron los cónyuges peticionantes, la gestante y la niña de autos, oportunidad en que la Sra. A. ratificó, habiendo transcurrido mas de 45 días del parto, en todos sus términos lo ya manifestado como así también la conformidad con la petición efectuada por M. y P.

A fs. 67/69 se expide el Sr. Fiscal quien adhiere al planteo de inconstitucionalidad contra el art. 562 de CCyCN impetrada por los actores, a lo que adhiere la Sra. Defensora de Menores e Incapaces a fs. 70.-

Y RESULTA:

III.- El matrimonio aludido y la mujer gestante han recurrido a las TRHA y mediante un contrato de gestación por sustitución, por el cual uno de los miembros del matrimonio (C.) había aportado sus espermatozoides mientras que el ovulo había sido donado por una mujer anónima y ofreciendo la mujer gestante ser la portadora del embarazo para facilitar al matrimonio de los actores la posibilidad de ser padres con al menos gametos de uno de ellos, dado sus condición de matrimonio de dos varones, con la obvia imposibilidad de gestar por sus propios medios.-

CONSIDERACIONES PREVIAS:

IV.- A fin de resolver la cuestión planteada debo realizar una serie de consideraciones previas atento que la llamada gestación por sustitución no ha sido receptada en nuestro ordenamiento legal, entonces se debe dilucidar su situación y procedencia:

a) Dado que no existe una prohibición expresa y tampoco una reglamentación precisa de dicha institución, debo analizar si debe presumirse su autorización o prohibición tácita. Se alega en su favor que lo que no está prohibido está permitido (art.19 del CN). Dicha opinión no admito que pueda ser una conclusión lógica dado hace apenas 4 años se sancionó un nuevo ordenamiento civil y comercial, luego de 150 años de vigencia de los códigos originales donde en 2671 artículos el órgano legislativo constitucional Argentino expresamente trató ésta institución que estaba prevista en el proyecto original y consideró precautoriamente sacarlo del proyecto, por lo que expresamente lo dejó de lado con menciones a la complejidad de la misma y dispuso un artículo del código (562) que claramente dice que en caso de TRHA el hijo es de quien lo dio a luz.(ratificando el principio latino atribuido al jurista Paulo “mater Semper certa est”)-

b) Dicho lo anterior, nos encontramos con la concepción y luego nacimiento de una niña que cuenta con material genético de uno de los miembros del matrimonio, que a la sazón han desplegado con notable riesgo y

costo una evidente voluntad procreacional y que según la legislación vigente tendría como madre a una mujer que no comparte patrón genético y tampoco tiene voluntad de criarlo, sino solamente de gestarlo. A su vez el art. 611 del CCC prohíbe la entrega directa del niño por parte de la madre, por lo que si pretendiesen adoptarlo debieran recurrir a una simulada relación extramatrimonial entre algunos de los miembros del matrimonio, por ejemplo, del padre aportante de los gametos masculinos y la madre gestante, para luego realizar una adopción de integración por parte del matrimonio comitente. Resultaría un derrotero jurídico ficticio para llegar al mismo resultado. Entiendo que la verdad podrá ser cuestionable, dado que la institución de la GS fue quitada expresamente del articulado legal aprobado por el legislador, pero a todas luces un camino más genuino, ante el hecho consumado del nacimiento de la niña.-

3.- Ahora bien, dado que, como juez, no puedo erigirme en órgano legislador, a fin de analizar la complejidad de la gestación por sustitución, en la diversidad de casos que puede presentarse, me atenderé exclusivamente a lo que es mi tarea específica, o sea dictar un fallo específico para el caso traído a mis estrados. Para realizar dicho análisis considero prioritario fijar mi atención al interés superior de la persona nacida que no tiene ninguna responsabilidad en la situación que la llevó a venir a éste mundo y hacerlo de la manera que distintos adultos decidieron concertar su advenimiento. -

4.- En esta inteligencia es que entendí que la niña, a quien ya le habían puesto nombre los comitentes, debía nacer en las mejores condiciones que se le puedan brindar. Es aquí donde considere brindarle a la mujer gestante, al momento de la audiencia de fs.72 del 23 de agosto de 2018, la mayor tranquilidad, que el compromiso por ella asumido con sus dos amigos de ofrecerse para darles un hijo a quienes por su naturaleza no podían acceder, atento su grado de avanzada gravidez, era un primer paso para que esa niña nazca con la mayor paz y sosiego posible. Su conducta, que he podido cotejar a través de una extensa entrevista personal, abonada por fotografías históricas que permiten dar credibilidad a la versión altruista de su cometido, no me permite tachar de inmoral, al contrario, me resulta genuinamente benévola. -

5.- Por su parte el matrimonio comitente, con quienes también tuve una extensa entrevista, si bien han recurrido a una técnica altamente conflictiva, no puedo dejar de considerar el natural anhelo de arribar a la paternidad con la simiente de uno de ellos, habiendo el otro progenitor renunciado a disponer de sus genes, en un acto que en principio no puedo dejar de calificar de amoroso. En tal sentido la voluntad procreacional de los mismos, unido al material genético que lleva la niña por nacer, no me deja más que el sentido de justicia recíproco con el de la niña de tenerlos como padres.

Aquí corresponde señalar que a partir de la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como la que se ventila en autos, se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales, en tanto si bien podremos hablar de la utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para parejas heterosexuales —casadas o no— y dentro del marco de la llamada fecundación homóloga; también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como la maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contenido de las técnicas de reproducción humana asistida”, Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1, Ediciones Infojus, marzo, 2101, p. 6).

6.- Efectuado esta consideración cabe decidir si resulta procedente el planteo de inconstitucionalidad contra el art. 562 del CCyCN que dispone que madre es quien da a luz en el caso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Adelanto desde ya que considero innecesario tachar a dicha norma de inconstitucional.

Simplemente entiendo que la norma no vulnera principios constitucionales, sino que no contempla situaciones familiares como la de autos, por lo que nos encontramos entonces ante un vacío legal, en tal caso una norma incompleta pero no inconstitucional. Es que el fenómeno de gestación sin acto sexual, es un fenómeno moderno, que gracias a las TRA se puede acceder. Si bien plantea nuevos dilemas éticos, en sí misma no puede considerársela antiética o inmoral.

Tendrá que el legislador analizar los extremos que la sociedad actual considera aceptables y regular su utilización. -

Con el objetivo de subsanar este vacío legislativo, que es mi función, como así también la de clarificar alguna laguna legal, lo que no implica subrogarme funciones legislativas que no me corresponden, y efectuando una interpretación armónica, integradora y en diálogo entre las fuentes internas y convencionales recurriré a principios constitucionales y tratados de derechos humanos incorporados en nuestra carta magna para el contemple de la situación familiar particular traída a estos autos.-

En este sentido se ha dicho que la conjugación de los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. establece que los jueces deben resolver los casos que lleguen a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada, la cual es producto de aplicar la fuerza normativa de la Constitución y los tratados de derechos humanos como

una regla de reconocimiento plenamente operativa que resignifica y resimboliza de forma permanente los contenidos del derecho de familia (Gil Dominguez, Andrés “El Estado Constitucional y Convencional de Derecho”.-),

Ese deber de los jueces se concreta mediante el ejercicio sincrónico del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad ante las antinomias y lagunas que aparezcan en los casos que tiene que resolver.

En este punto, la obligación judicial de actuar —aun de oficio— para mantener la vigencia de la legalidad constitucional-convencional necesita dejar atrás el tradicional canon del control de constitucionalidad como la última ratio y adoptar una nueva pauta de ejercicio basado en el control de constitucionalidad convencionalidad como la prima ratio.

Por ello, ante la verificación de una norma contraria a la regla de reconocimiento constitucional y convencional, el interrogante que surge es el siguiente: ¿son las sentencias que invalidan una norma declarando la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de una norma la única opción posible que tienen los magistrados? (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El Estado constitucional y convencional de derecho”, Ediar, Buenos Aires, 2016, 2da ed. Ampliada y actualizada)

Esta clase de razonamiento nos permite a los jueces superar la dicotomía validez/ invalidez de la norma y tienen por objeto plasmar y garantizar en una resolución de los derechos humanos fundamentales que surgen de la totalidad del plexo normativa constitucional – convencional vigente, sin tener que apelar a la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de una norma sobre la base coherente de aplicar la fuerza normativa de la regla de reconocimiento

Así lo ha interpretado mi distinguido colegio, el Dr. Gabriel Tavip en un caso llevado ante su juzgado, que ante la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 562, sostuvo lo siguiente: "En este sentido creo que los jueces no están en principio llamados a declarar inconstitucionalidades de leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, sino sólo en los casos en que se verifique de manera flagrante que ellas causan una vulneración de derechos fundamentales consagrados supralegalmente. Una decisión de estas características importa la 'ultima ratio' (razón última) del sistema jurídico (...). Por ello previo a llegar a este extremo es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Código Civil y Comercial en base a lo que disponen los arts. 1º y 2º de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el propio sistema brinda una solución a la cuestión. Por tal motivo, el artículo en cuestión debe ser interpretado junto al sistema en el que fue incluido, es decir dentro de las 'Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida' (cap. 2, tít. V, Libro segundo), por lo que una filiación que se produce como resultado del uso de una técnica de reproducción humana asistida debe tener como sustento los principios que rigen este tipo de filiación. (R., L. S. y otros - solicita homologación" (expte. nro. 3447358)

En tal entendimiento ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “El control de constitucionalidad de las leyes que compete genéricamente a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema en los casos concretos sometidos a su conocimiento, no se limita a la función de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende a las tareas de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permitan (voto del Dr. Fayt en los autos "Cía. Arenera del Río Luján S.A. c/De Castro s/Indemnización", CSJN-C 19, XXII).-

De ello se desprende que la declaración de inconstitucionalidad de una norma de jerarquía legal, es la más delicada de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia, y solo practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere.

La gravedad de tales declaraciones judiciales de inconstitucionalidad lleva a sostener que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiere.-

En tal entendimiento siendo que de las propias normas del mismo Código Civil y Comercial de la Nación y de la normativa que emana de los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Carta Magna surge el fundamento jurídico que da sustento a la pretensión y por ende a la tutela judicial efectiva del derecho en cuestión es que no corresponde acceder a la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 CCCN impetrada.

Por ello, doctrina y jurisprudencia citada en la especie, la cual comparto

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la demanda. En consecuencia inscribese en forma definitiva a la niña L. nacida como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida habiendo sido dada a luz por la Sra. R., como hija de los Sres. C. y R. debiendo el Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas de esta ciudad, expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 del Código Civil y Comercial de la Nación, librándose el oficio pertinente.

II. Impóngase a los Sres. C. y R. el deber de informar a L. sobre su realidad gestacional, cuando alcance edad y grado de madurez suficiente. A esos efectos, hágase saber a la institución Fecunditas S.R.L. que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o la niña, cuando esta hubiera alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera, debiendo la mencionada

institución remitir dicha documentación a este Juzgado para ser reservada. A tal fin, librese oficio Fecunditas S.R.L.

III.- Se rechaza el pedido de declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del código civil y comercial de la Nación por los argumentos ut supra expuestos.

IV. Atento el vacío legislativo existentes en la materia y en pos del resguardo de los derechos humanos fundamentales que emanan del plexo constitucional – convencional, invito a los miembros del Poder Legislativo a tratar dicha temática a los fines de dar una debida respuesta a las situaciones familiares actuales que garantice el acceso y la igualdad de todos los habitantes de la República Argentina a los derechos humanos fundamentales garantizados en nuestra Carta Magna y los Tratados de Derechos Humanos a ella incorporados.

V.- Dar intervención a la Secretaria de Salud a fin que por la vía y forma que considere corresponda, disponga las medidas necesarias a los fines de evitar en el futuro realizar esta práctica sin una autorización

judicial con el objeto de que con la debida autorización judicial previa

se otorgue a los beneficiarios de esta práctica una mayor seguridad

jurídica. VII.- Difiérase la regulación de los honorarios profesionales

para una vez que se encuentre firme la presente. VIII.- Notifíquese a

las partes, a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces y al Sr. Fiscal,

en sus despachos. IX.- Regístrese, protocolícese en el Sistema

Informático y oportunamente archívense las actuaciones.-