

EXPTE. Nº 1101/18

V C A; R M D Y S C G POR MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Mendoza, 6 de Noviembre de 2019

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes autos arriba caratulados llegados a despacho en estado de resolver a fs. 185 y de los que:

RESULTA:

Que a fs. 71/95 se presentan C. A. V., M. D. R. y C. G. S. con el patrocinio letrado del Dr. Juan Pablo Rojas, y solicitan acción declarativa de certeza (art. 3 ley 9001) como medida autosatisfactiva en los términos del art. 76 bis de la ley 6354 a fin de autorizar a los actores a iniciar una técnica médica de reproducción humana asistida, denominada gestación por sustitución, con donación de óvulos, determinar la legislación aplicable en el caso eliminando la falta de certeza y la filiación del niño que será concebido por esta técnica a favor de los comitentes.

Señalan las características de la maternidad subrogada, y que los comitentes en futura técnica son los Sres. M. D. R. y C. G. S., siendo la Sra. V. quien les brindará su capacidad gestacional para darle vida a la persona por nacer.

Manifiestan que los Sres. R. y S. forman una pareja desde hace varios años atrás. Que están unidos por un profundo amor entre sí. Ambas familias conocen la sexualidad de los actores, y han receptado con gran alegría la unión de ambos. Que consideran a la familia un pilar de vida, único, irremplazable.

Que la convivencia entre ambos resultó un gran afianzamiento de su relación sentimental, lo que los lleva a perseguir el sueño de ser padres y formar una familia; tener hijos a los cuales puedan brindarles y transmitirles sus valores, y lógicamente el único método reproductivo es la gestación por sustitución. Destacan que un tiempo después de hablar con sus amigos y personas de la comunidad, conocieron a C., con quien formaron un lazo de amistad mutua, y quien se ofrecían a participar de la técnica de subrogación. Que previo asesoramiento acordaron que la mejor forma de proceder sería solicitar autorización judicial previa ante la Justicia.

Enfatizan que al ser ambos comitentes de sexo masculino es evidente que no poseen la capacidad de tener hijos en forma natural, ante la ausencia de órganos femeninos de reproducción (infertilidad estructural), que la gestación con ovodonación y espermatozoides de uno o ambos comitentes es la única alternativa reproductiva.

Reiteran la solicitud inicial, fundan los requisitos de la procedencia de la medida autosatisfactiva y de la acción declarativa de certeza y fundan en derecho de fondo: argumentan respecto de la determinación de la filiación materna, la voluntad procreacional, solicitando la inaplicabilidad del art. 562 del CCCN.

Conceptualizan la técnica, señalan antecedentes normativos, y jurisprudenciales, el interés superior del niño, el derecho a formar una familia y el principio de no discriminación.

Manifiestan que se comprometen a informarle al futuro niño cómo fue concebido y gestado, su origen, como así también se realizaran un examen de ADN a fin de comparar la relación genética.

Expresan que se someten al cumplimiento voluntario de los requisitos impuestos por el Anteproyecto del Código Civil, puntualizando cada uno, en particular que la gestante no aporta sus gametos, no recibirá retribución y que

ha dado a luz tres hijos. Asimismo expresan que se sujetan a poner en conocimiento el embarazo, el parto y todo lo que sea necesario. Ofrecen prueba instrumental, informativa y pericial.

Que a fs. 105 se imprime trámite y se sustancia la prueba ofrecida.

Que a fs. 112/113 se incorpora informes periciales de las partes.

Que a fs. 119/122 se responden las observaciones por la perito interviniente,

Que a fs. 126 asume intervención la Subdirectora de Derechos Humanos, y dictamina respecto de la asistencia técnica de la Sra. V., y de su evaluación médica.

Que a fs. 131 rola acta de audiencia, y a fs. 137 asume intervención la Defensora oficial por la Sra. V..

Que a fs. 139/167 se agregan los estudios médicos de la gestante, los que son avalados a fs. 169 por le CAI CLINICA MEDICA.

Que a fs. 172 rola acta de audiencia entre las partes y sus patrocinantes, la Subdirectora de Derechos Humanos, y el médico elegido para la técnica, Dr. Tersoglio.

Que a fs. 179/184 dictamina favorablemente el Ministerio Fiscal, quedando la causan en estado de resolver.

CONSIDERANDO:

A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial la filiación puede derivar de tres fuentes: por naturaleza, por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) (art. 558 del Cód. Civ. y Comercial).

El art. 562 del Cód. Civ. y Comercial contempla: "Los nacidos por las TRHA son hijos de quién dio a luz y del hombre o la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, en los términos del art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos."

Cuando de TRHA se trata, la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación y se permite acceder a las TRHA tanto a parejas casadas o no, heterosexuales, homosexuales y personas solas. Se considera como una de las fuentes de la filiación a la "voluntad procreacional" y no a la procreación asistida.

De los diferentes métodos de TRHA, la Gestación por Sustitución es la que ha generado mayor controversia por la propia naturaleza de la práctica, la cual consiste en el compromiso de una mujer (gestante), con una pareja comitente, a través de la cual la mujer gestante acepta someterse a una TRHA para ser fertilizada con el aporte del material genético de los comitentes y de la donante de óvulos, según sea la modalidad de la técnica.

La doctrina tiene dicho que el proceso consiste en ``la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior. Esta tercera persona carece de esa voluntad; por ende, aun cuando por aplicación de los principios legales (...) correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el afecto que se deriva o se construye con el despliegue de tales responsabilidades (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, ``Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño

conforme a la regla de la voluntad procreacional, comentario a fallo Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 - 2013-06-18 - N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento , LA LEY 2013-D, 195, cita online: AR/DOC/2573/2013).

Gil Domínguez considera que en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional 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. Asimismo, siguiendo el enfoque interdisciplinario, insoslayable en las decisiones a adoptar en el fuero de familia, afirma que "desde una perspectiva psicoconstitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas. (...) "El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisonal y autónomo". (Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13).

En nuestro Derecho constitucional y convencional, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás, a la par de que las normas sobre filiación y su determinación por esas técnicas previstas en el Cód. Civ. y Com. de la Nación no son de aplicación al presente caso, en que las personas que prestan su voluntad procreacional (dos varones) no coinciden con la que dio a luz, debiendo, en consecuencia, buscar la regulación jurídica de este supuesto particular en las normas citadas de la Convención Americana.

Justamente, el control de constitucionalidad y de convencionalidad posibilita la existencia de un particularismo que le dé una respuesta a cada titular de un derecho según las circunstancias que delimiten la pretensión iusfundamental esgrimida.

Desde esta perspectiva integradora del Derecho se impone el análisis de la técnica de la gestación por sustitución en el origen del derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia, puesto que el mismo, así como la protección de la familia constituyen uno de los derechos esenciales garantizados por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Así entendido, el derecho a la vida familiar, se proyecta hacia diferentes aspectos de la vida privada que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

Esto es la constitucionalización del derecho privado, específicamente del derecho de familia, el cual ha sido receptado por la reforma del Cód. Civ. y Comercial, respetándose y garantizándose de esta manera los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a la intimidad personal y familiar.

En este sentido, se destaca, por un lado, la norma del art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin discriminar tipos de familia, por lo que se debe entender que la Convención establece una protección

general para todas las familias.

Ahora bien, ante la falta de regulación expresa de ésta técnica en el Cód. Civ. y Comercial, se sostiene por parte de la doctrina y jurisprudencia reciente que la gestación por sustitución no ha sido prohibida, quedando la cuestión sujeta a la discrecionalidad judicial, debiendo dichas decisiones proteger todos los derechos en juego, en especial el interés superior del niño y el derecho a la identidad.

De esta manera, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la Constitución Nacional).- Así se lo ha entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015).

Formulado este encuadre, se impone necesariamente analizar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación para poder ordenar la inscripción del niño o niña que nazca como hijo/a de los comitentes sin forzar a la norma legal a decir lo que no dice, en tanto en este caso la persona que nace no sería hijo/a de quien dio a luz. Y así, propiciar cual es el marco aplicable más protectorio a los intereses en juego, el derecho a formar una familia, sin discriminaciones.

La salida se encuentra en la ponderación razonada de los intereses en juego, los derechos humanos involucrados y el sistema jurídico del Estado Constitucional Convencional de Derecho de nuestro país, sin perder de vista el Derecho a Vivir en Familia (Art. 11 CADH), derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (art. 5. 1 CADH), derecho a la libertad y a la seguridad personales (art. 7. 1 CADH), derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH), y el derecho al vínculo filial con la debida celeridad en la determinación de la filiación de una persona, se el derecho de todo niño a ser inscripto en forma inmediata a su nacimiento, accediendo a un nombre y una nacionalidad, comprometiéndose los Estados miembros a respetar el derecho del niño a la identidad, como el interés superior del niño que nacerá (art. 3, 7, 8 y 11).

Ergo, cabe entonces acudir al propio texto del anteproyecto, a los precedentes judiciales y a doctrina autorizada como guía o norte para analizar la viabilidad del pedido.

La norma (art. 562) proyectada decía: ``Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de

la filiación por naturaleza .

Dicho de otro modo, la norma proyectada funciona como el piso mínimo de garantía o protección a considerar en los casos en que se presenta una práctica de gestación por sustitución mientras no exista regulación legal al respecto.

Las pruebas de autos.

Que de la lectura del libelo inicial y de las audiencias para tomar contacto personal con las partes, la voluntad de cada involucrado resulta inequívoca y consistente, con conocimiento de sus derechos, y responde a las exigencias del consentimiento informado, por cuanto asistió el médico tratante y especialista en TRAH, Dr. Tersoglio, y la Subdirectora de Derechos Humanos. Además, en oportunidad de ser oídos contaron con asesoramiento letrado separado, como sugiriera la Dra. Lamm.

Por otra parte, C. ha acreditado buena condición física para afrontar el embarazo, y que su marido e hijos conocen la propuesta y la aceptan, tras ratificar no haber recibido ninguna contraprestación económica por ello.

De la pericial psicológica, los comitentes, Sres. R. y S., han manifestado un deseo genuino y libre de conformar una familia, con clara conciencia del procedimiento solicitado y sus implicancias jurídicas, observándose en ambos examinados recursos compatibles con poder accionar en forma adecuada y con empatía ante las demandas emocionales de un niño. Por otro lado, la gestante manifiesta un consentimiento genuino, y emergente desde su decisión con autonomía emocional y motivación por ofrecer ayuda en el proceso. Asimismo se observa que existe una construcción emocional de un lazo de afecto positivo entre ella y los Sres. R. y S., sin mediar intereses materiales o aspectos inconscientes psíquicos irresueltos en la misma. Concluye la perito que la examinada cuenta con posibilidades de discriminación y diferenciación del significado del ser que gestará, y que en el vínculo entre los tres actores existe posibilidad de la construcción de acuerdos con sentido de realidad y comprensión profunda del proceso de manera integral.

Asimismo, se detectó compromiso emocional y autoafirmación en la voluntad para colaborar en el proceso reproductivo y la formación de una familia por parte de los comitentes, con quienes muestra una vinculación positiva, no poseen relaciones de parentesco, sino que la relación se inscribe en el marco de una amistad.

No se detectaron dudas, incertidumbres, miedos o temores, así como tampoco ansiedades clínicamente significativas asociadas al proceso reproductivo y gestacional que indiquen sobre posibles estados de arrepentimiento o incumplimiento con las condiciones y requerimientos del proceso.

Finalmente, los comitentes han asumido el compromiso de dar a conocer a su futuro hijo su origen gestacional, derecho que ante cualquier omisión voluntaria- encuentra amparo en el art. 563 y 564 del Cód. Civ. y Comercial.

De esta manera, la autorización solicitada resulta atendible, máxime cuando se ha recabado en forma previa, los extremos para garantizar y resguardar los derechos en juego: ``1) verificar que se reúnen los requisitos que de alguna manera, porque toda practica puede tener complicaciones permitan vislumbrar que no habrá inconvenientes; 2) Verificar que la decisión es acorde al interés superior del niño que nacerá; ¿Qué perjuicios puede significarle nacer en una familia que lo desea y añora, aunque no pueda gestarlo o gestarla? Acaso no existen muchas realidades similares en nuestra sociedad? Si lo que se quiere

es proteger su interés superior, entonces se necesita un marco legal que lo proteja de modo que su filiación quede inmediatamente establecida con sus padres y madres de intención desde el momento del nacimiento y que garantice además su identidad; 3) Se garantice la filiación de quienes provocaron este embarazo sin que pueda haber margen de especulaciones o abusos y 4) Se garantice que la persona que gesta presta un verdadero consentimiento informado y es debidamente cuidada. (Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia, Publicado en: LA LEY 21/12/2015, 21/12/2015, 1 - LA LEY2016-A, 1210, Cita Online: AR/DOC/4185/2015)

Más aún todavía, adhiero al precedente del Segundo Juzgado de Familia, en cuanto otorga la autorización por un plazo de caducidad de 180 días a contar desde la firmeza del resolutivo: ``atento la sensibilidad de las cuestiones debatidas y la necesidad de revisar la subsistencia de las condiciones y expectativas de los involucrados más allá de ese plazo, concluido el cual sin haberse logrado con éxito la concepción del niño por gestar la autorización caducará y deberá solicitarse nueva autorización, o bien la prórroga del plazo por motivos debidamente fundados y acreditados en autos. La necesidad de rodear de la mayor cantidad de recaudos que garanticen los derechos de los protagonistas mientras no se cuente con una legislación clara sobre gestación por sustitución, impone, entre otros, la fijación del plazo de caducidad que se determina en la presente. Asimismo, cabe destacar que la presente autorización judicial mantendrá vigencia, justamente, mientras no se dicte una ley que regule la materia, quedando sin efecto alguno si se dicta la misma en forma previa a la concepción del niño por gestar, debiendo notificarse a las partes de la providencia en forma personal y bajo apercibimiento de ley. (Segundo Juzgado de Familia de la primera Circunscripción de Mendoza, en autos caratulados ``S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas , 15/02/2018)

Por todo lo expuesto, la prueba rendida en autos y citas legales y doctrinarias,

RESUELVO:

I. Hacer lugar a la demanda incoada, y en el caso concreto de autos, DECLARAR la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y la inmediata aplicabilidad de los art. 17 y cc de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 3, 7,8 y 11 y cc de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

II. AUTORIZAR la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución, mediante ovodonación y transferencia embrionaria en el útero de la Sra. C. A. V. DNI , con material genético de uno o ambos comitentes, Sres. M. D. R. DNI y C. G. S. DNI, por el plazo de dieciocho (18) meses, conforme los siguientes pasos obligatorios: A) Ratificar los comitentes y la gestante ante el Juzgado, cada práctica o procedimiento de transferencia embrionaria, con no menos de diez días de anticipación a su realización (conforme art. 560 in fine del CCCN), como así también notificar a la suscripta el resultado en cada oportunidad. B) Producido el embarazo, se deberá informar al Juzgado con documentación fehaciente los datos del médico obstetra y su equipo profesional, el estado de la salud del feto y la gestante, y los datos del centro sanitario en el que tendrá lugar el parto, y cualquier cambio que se produzca al respecto. C) Descartado el vínculo

genético con la persona gestante y confirmado el vínculo con uno o ambos comitentes, mediante examen de ADN abonado por los comitentes, se procederá a la inmediata inscripción del/los nacimientos como hijo/s de M. D. R. y C. G. S. debiendo el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

III. Imponer las costas a los presentantes.

IV. Regular los honorarios profesionales del Ab. Juan Pablo Rojas en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/00 (\$27.901,86) por la labor desarrollada en autos, art. 9 bis. ap. j) de la ley 9131.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.