

Mendoza, 15 de Diciembre de 2023

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes autos arriba caratulados llegados a despacho en estado de resolver,

CONSIDERANDO:

Que con fecha 04/04/22 se dictó en autos sentencia de autorización para la realización de la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución, mediante ovodonación y transferencia embrionaria en el útero de la Sra. P de embriones criopreservados de los Sres. A y J, todo ello, en el marco de la petición formulada por los Sres. R y C y de la Sra. J. También se resolvió no avalar el convenio o contrato celebrado por la gestante y los comitentes, cuyas cláusulas resultaban ilícitas, tal como se señaló en los considerandos, cuestión que fue puesta en conocimiento personal de la gestante en audiencia privada con la suscripta.

Para así resolver se tuvieron en cuenta los derechos en juego, cuya ponderación se manifestó en los siguientes aspectos centrales que entiendo necesario transcribir: "...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." Se valoró que: "... se observa que existe una construcción emocional de un lazo de afecto positivo entre ella y los Sres. C y R, sin mediar aspectos inconscientes psíquicos irresueltos en la misma, y que existe posibilidad de la construcción de acuerdos con sentido de realidad y comprensión profunda del proceso de manera integral." "... Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la

restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés..."

Tal punto de vista desconoce, precisamente, que la base de tal norma "...es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan..." (caso "Ponzetti de Balbín", cit., voto concurrente del juez Petracchi, consid. 19, p. 1941) en Bahamondez, Marcelo, CSJ 1993/04/06, publicado en L. L., 1993-D, 130, con nota de Néstor Pedro Sagüés - DJ, 1993-2-499 - ED, 153-254."

Asimismo sostuve que "No es posible considerar la autonomía individual sin tener en cuenta las condiciones materiales de existencia de las personas gestantes, la situación de asimetría estructural que le produce, ante todo, su sola condición de detentar un género históricamente oprimido por el hombre, a la que, por lo general, se le suman otras vulnerabilidades extras, muestra una ausencia de voluntad ... pues "existirá cosificación cuando la mujer, anulada en su capacidad y/o libertad de decidir, sea instrumentalizada y denigrada..." (De Lorenzi ob. cit. p. 398)"

También me referí a las cláusulas del convenio celebrado por las partes, en el entendimiento que "El silencio sobre el convenio y las cláusulas restrictivas de la misma libertad que se pondera en la Sra. J para someterse a la práctica, no es a criterio de la suscripta una opción, bajo la óptica irreductible de la perspectiva de género. Herramienta éste última que nace como necesidad de hacer efectivos en el campo de la interpretación judicial, los derechos reconocidos por los Instrumentos Internacionales en pos de la protección integral de las mujeres. Se trata de una herramienta para identificar, cuestionar y valorar conductas de desigualdad (patrones socio culturales, contexto personal, biografía familiar, etc.)." (considerandos de la mentada sentencia)

Es decir, el caso planteado, con su inmensa complejidad se resolvió ponderando y equilibrando el derecho a la procreación y la autonomía de la

voluntad como expresión de un consentimiento libre e informado, enmarcado en las pruebas incorporadas al proceso.

Con fecha 18/10/22 la Sra. J desiste del proceso.

Con fecha 01/11/22 la Dra. R en representación de los Sres. R y C, propone como nueva gestante a la Sra. V, manifestando escuetamente que conocieron a V en las “redes”, quien se ofreció a ayudarlos. Con posterioridad, a pedido del juzgado, acompañan el Convenio de Gestación por sustitución celebrado con la nueva gestante.

Con fecha 28/11/22 se celebra audiencia personal con la Sra. V, quien comparece con el mismo patrocinio que la Sra. J, Dra. I. Cabe mencionar que rechazó el patrocinio de Defensora Oficial.

Rendida la prueba, mediante escrito portal n° 242998/2023 la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia emite dictamen. Analiza en primer lugar los términos del convenio de gestación por sustitución, cuestionando aquellas cláusulas que considera restrictivas de la libertad de la gestante y/o contrarias a la ley, como el caso de la interrupción voluntaria del embarazo. Luego, valora las pruebas rendidas, considerando que no se configuran en el caso, los supuestos de relación de afecto y confianza entre las partes, sugiriendo que se profundice probatoriamente el contexto en que se conocieron. Sostiene que, en este caso concreto, la Sra. V podría quedar ubicada en el lugar de “un medio para un fin”. Finalmente, sugiere que en caso de no compartir el dictamen y hacer lugar a la práctica, se adopten medidas específicas en resguardo de la integridad física de la gestante.

Mediante portal 1896744/2023 emite dictamen la Fiscalía Civil, sosteniendo que: “...En tal orden, en dictamen de fecha 20/12/2022 ... se hizo referencia a las recomendaciones formuladas por la Comisión de Derecho de Familia, en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el mes de septiembre de 2022 en nuestra provincia, conforme las cuales debe tenerse especialmente en consideración, a más que la gestante tenga plena capacidad,

buena salud física y psíquica y que no haya recibido retribución, que no se haya sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces, figurando también entre las conclusiones de la Comisión que la gestante posea lazos afectivos con los requirentes y que haya dado a luz, al menos, un hijo propio; todo lo cual fue puesto en conocimiento de las partes y cumplimentadas las pericias ordenadas en autos. Ello, en la inteligencia que los distintos requisitos o pautas que se han ido delineando desde la doctrina y jurisprudencia, a partir de los parámetros fijados por el Anteproyecto del Código Civil, procuran el resguardo de los distintos involucrados en una práctica que presenta enorme complejidad desde diversas aristas, coadyuvando asimismo a la merituación del consentimiento de la mujer gestante, que debe ser libre e informado. Por su parte, tal como sostuvo U.S. en sentencia recaída anteriormente en esta causa, "... frente al desafío de avalar la práctica, sin dejar de ponderar equilibradamente los derechos en juego, el Poder Judicial, en tanto garante de los mismos, y parte del Estado, debe respetar el principio de autonomía de la voluntad compatibilizando la misma con una mirada puesta en las desigualdades que afectan a alguna de ellas. ...La dignidad de la mujer gestante descansa en la garantía de su consideración como sujeto y no como objeto, y la libertad absoluta que acaba legitimando la explotación de los más vulnerables, es un extremo que el Poder Judicial no debe propiciar..."

Comparto y adscribo a las consideraciones realizadas en ambos dictámenes, sin perjuicio de su carácter no vinculante. Es que de las pruebas rendidas en el marco del segundo pedido de autorización, surgen elementos que ponen severamente en crisis aspectos de medular importancia para conceder aval judicial al pedido de gestación por sustitución, a saber: la motivación altruista de la gestante, en paralelo, la ausencia de recompensa económica a cambio de la gestación, y fundamentalmente la protección a la integridad de la Sra. V, en su consideración como mujer, a través de la mirada o perspectiva de género.

Este concepto o categoría de análisis se vincula con la noción de

vulnerabilidad. La cuestión requiere algunas precisiones a la luz del caso sometido a consideración. No se es vulnerable por ser mujer, porque de ser así, la Sra. C también lo es. La vulnerabilidad o desigualdad debe ser analizada en el caso concreto, para detectar si se verifican desigualdades estructurales que merezcan un cuestionamiento de normas, prácticas o situaciones que ponen en tela de juicio la igual formal del art. 16 de la Constitución Nacional. No se trata de una moda ni de un análisis que deba aplicarse a cualquier hipótesis, sino en aquellos casos en que se constata una asimetría de poder o relación de desigualdad estructural. Así se ha dicho que: “ **El juzgar con perspectiva de género lejos de ser una moda jurídica, es una obligación legal. Encuentra su fundamento y respaldo, en el derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado Argentino ha suscripto e incorporado al ordenamiento mediante el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (art. 16 CN; art. 1 DUDH, y arts. 1.1. y 24, CADH)**” (Sosa, María Julia, “Investigar y juzgar con perspectiva de género”, Revista jurídica AMFJN [www.amfjn.org.ar/revista_juridica/Ejemplar° 8-ISSN2683-8788](http://www.amfjn.org.ar/revista_juridica/Ejemplar%208-ISSN2683-8788))

Surge de las constancias de la causa que:

A) Frente al desistimiento de la Sra. J, el matrimonio comitente presenta en el expediente a una nueva gestante, Sra. V, a quien habrían conocido por las redes sociales. Tal como afirma la Dirección de Derechos Humanos este extremo no ha quedado acreditado, en tanto elemento esencial para verificar la construcción de un vínculo genuino y espontáneo de afecto, que permita razonablemente inferir la presencia de altruismo como motivación de la gestante, y a la vez descartar cualquier empleo de la mujer como objeto.

B) No queda acreditado este vínculo socio afectivo ni tampoco la conciencia y voluntad libre de la gestante, como factor determinante de la autonomía de la voluntad libre de vicios, a diferencia de lo que ocurrió con J. En efecto, de la

entrevista personal mantenida con la Sra. V se pudo apreciar un discurso escueto, cerrado, y sin implicación emocional en relación a la magnitud de gestar para otra/s personas. A ello, se suma que en la misma oportunidad manifestó que ya había gestado para otra pareja en el año 2021. Esto también se verifica en la pericia psíquica efectuada a V, cuyos sectores principales en orden a lo expuesto cabe transcribir: “...El funcionamiento integral de su personalidad compatibiliza con una estructuración psíquica de tipo neurótica. El examen muestra un patrón general de inmadurez psicoafectiva en su despliegue en el ajuste vital, que se expresa en el tipo de mecanismos defensivos que implementa – idealización, disociación; mecanismos de tipo primitivos. Posee dificultad para efectuar procesos de integración ideofectiva en las “lecturas” que lleva a cabo de las realidades en las que se encuentra inmersa. Tiende, prevalentemente, a mostrarse sin falencias, si bien, al focalizar intervenciones logra tomar contacto interno con aspectos puntuales asociados a la situación por la cual es evaluada en ámbito judicial. Respecto de ello, puede reconocer circunstancias a considerar y a afrontar, no sólo en relación a su salud psicofísica sino también en relación a su grupo familiar, pero sin profundidad reflexiva y sólo a partir de intervenciones puntuales... Del relato de la examinada, surge que por su propio interés comenzó a participar, de manera activa, en un grupo de FB que existiría, refiere, asociado a la temática de gestación por sustitución, en el año 2018. Es así, relata, que tomó contacto con la pareja con la cual se concretó este procedimiento a principios de 2021, siendo ella la gestante sustituta... Se observa en este examen – en relación a lo que hace referencia este requerimiento pericial – **que el vínculo de la examinada es, sobre todo, con la Sra. C y focalizado en la temática. Se detecta, además, que no es un vínculo frecuente y que no se ha construido emocionalmente una relación entre ellas...** Desde la ciencia psicológica y a partir del presente examen, puede afirmarse que si bien el relato de la dicente presenta indicadores de credibilidad –coherencia lógica, ausencia de contradicciones-, **se observa tendencia a proporcionar la**

información de manera controlada y cautelosa. Lo antedicho en función – según impresión clínica - de brindar una imagen, desde su relato, de empatía por las problemáticas de salud de la Sra. C, su valoración de la maternidad como una experiencia de vida que vale la pena transitar y su autopercepción de ser alguien a quien “le gusta ayudar”(sic), **significante, éste, que reitera a lo largo del examen... en cuanto al posible impacto de la gestación en su grupo familiar... se la observa con actitud minimizadora respecto de posibles situaciones de cuestionamiento, debates o incertidumbres, en su pareja, hijos e hija. Su “lectura” de la situación familiar es que, reconociendo que fue un impacto emocional para ellos y ella, la primera vez que ella propuso a su grupo familiar ser gestante por sustitución, finalmente los miembros de su familia no han tenido dificultad alguna en la aceptación e incluso naturalización de la situación. En esto incluye a su hija menor, una niña, dando cuenta de que la misma no habría presentado dificultad alguna en la comprensión y aceptación del embarazo y parto de una niña que no forma parte de la familia y con la cual no tuvo contacto alguno. Se sugiere no obstante como necesario que el grupo familiar cuente con acompañamiento psicológico, de concretarse la gestación... Ahora bien, en relación a las implicancias emocionales **implementa rígida disociación respecto de los aspectos afectivos y emocionales que forman parte de este proceso. Denota actitud tendiente a no tomar contacto profundo interno con las mismas,** basando sus verbalizaciones y expresiones afectivas no verbales en lo que, en su percepción interna, fue una gratificante experiencia en la gestación por sustitución anterior... **su nivel de comprensión es básico** y, se reitera, muy ligado a lo que, en su vivencia, ha constituido una buena experiencia que no conllevó riesgos para sí, al ser gestante por sustitución hace dos años, según surge de su relato. **Siendo su pensamiento predominantemente concreto, tal como se informó previamente, presenta tendencia a no profundizar reflexivamente, a partir de procesos de elaboración simbólica, de manera crítica...** como se informó en párrafos**

precedentes, se observa implementación de fuerte mecanismo de disociación que surge, desde su registro psíquico, como nulo contacto afectivo con el niño/la niña por nacer y también nulo contacto físico/afectivo una vez producido el nacimiento...” **(los sectores resaltados son de mi autoría, ver portal 1402585/23).**

C) La gestante se encuentra en un claro desequilibrio económico social con los comitentes. Así se desprende la pericia social incorporada bajo el n° 1248932/23, en cuanto la Sra. V reside en una zona de alta vulnerabilidad social y comparte sectores de la vivienda con otro grupo familiar. Desde este punto de vista, resulta evidente la vulnerabilidad de la gestante, la que comprende aspectos psíquicos y socioculturales. Estos desequilibrios se hacen también patentes o se visibilizan ante la existencia de idéntico patrocinio al de la Sra. J, Dra. I, abogada particular, que lejos de bregar por el respeto de sus derechos como gestante, ha permitido que suscriba un convenio de gestación con cláusulas que no garantizan su libertad como persona, y que además, quien suscribe, deslegitimó en la sentencia precedente. Este desequilibrio, también se verifica en los resultados de la pericia arriba descriptos.

A la luz de esta realidad, se torna aplicable el art. 4 de la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres en tanto consagra la presencia de desigualdad-desequilibrio de poder como parámetro o pauta para poner en marcha el análisis del caso, con perspectiva de género. Expresa la norma: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acto u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...”

Reitero, la autonomía de la voluntad de V, en el caso, resulta enervada por su contexto y su realidad personal. Esta asimetría o vulnerabilidad, no es paradigma de decisión exclusivo del ámbito del derecho de familia. La

vulnerabilidad, que pone en marcha el principio del “favor debilis”, atraviesa todo el derecho y el campo de las relaciones jurídicas que se ven afectadas por un notorio desequilibrio en la posición de las partes (relaciones de consumo, por ejemplo). En este sentido, se ha dicho que: “Vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica, y pueden distinguirse diferentes supuestos: vulnerabilidad económica..., vulnerabilidad cognoscitiva... vulnerabilidad técnica...vulnerabilidad jurídica...” (ver Teoría de la Decisión Judicial, Fundamentos de Derecho, Ricardo L. Lorenzetti; págs. 310 y sgtes.; Rubinzal-Culzoni)

Por las razones vertidas, entiendo que no se configuran en el caso, los presupuestos de “lege ferenda” o derecho proyectado, bajo cuya inevitable óptica debe resolverse la cuestión. Coincido plenamente con los argumentos vertidos en un caso de similares características resuelto en la provincia de Córdoba: “...Por tanto, abrir la comercialización de la capacidad reproductiva sin ningún tipo de salvedad, cuidado y acompañamiento conllevaría a una peligrosa ecuación que excede a un juzgado de familia y deberá dirimirse a nivel legislativo. Reitera: no se trata de una visión moral de la figura sino de protección de derechos de la parte más débil -en este caso la gestante- quien acude a prestar sus servicios de manera irregular, sin cobertura médica ni acompañamiento terapéutico, sin existencia de vínculo afectivo-amoroso o de parentesco con los comitentes e incluso atentando contra su integridad psico-física. Actualmente, la figura presenta dos problemas: su falta de regulación y su permisividad a nivel jurisprudencial...” (GESTACIÓN O MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN - AUTORIZACIÓN JUDICIAL - IMPROCEDENCIA - ALTRUISMO - SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD - SITUACIÓN ASIMÉTRICA - ART. 562, CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Expte.: 07/06/2023 W., B. y otros s. Solicita homologación - Ley 10305. Origen: Juzg. Fam. 1ª Nom., Córdoba, Córdoba. Editorial: Rubinzal Culzoni ~ Cita on line: RC J 3540/23)

En consecuencia:

RESUELVO:

I-Desestimar el pedido de autorización para llevar adelante la práctica de técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución, mediante ovodonación y transferencia embrionaria en el útero de la Sra. C, de embriones criopreservados de los Sres. A y J, por las razones legales expuestas en los considerandos.

II- Imponer las costas a los Sres. A y J.

III-Pónganse en conocimiento de la sentencia recaída al Dr. A. Notifíquese en papel simple del Tribunal en el Instituto Tersoglio. IV- Regular los honorarios profesionales de los Dres. C, en la suma de pesos doscientos setenta y seis mil ochocientos cincuenta y siete con 61/100 (\$ 276.857,61) y de la Dra. I en la suma de pesos doscientos setenta y seis mil ochocientos cincuenta y siete con 61/100 (\$ 276.857,61) por la labor desarrollada en autos, art. 9 bis. ap. c), de la ley 9131.

V-Notifíquese en el domicilio real de la Sra. C, en papel simple del tribunal.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.