Voces: AUTORIZACION JUDICIAL ~ IMPLANTE EMBRIONARIO ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL

Tribunal: Juzgado de Familia nº 9, Bariloche(JFliaNro9)(Bariloche)
Fecha: 29/12/2015
Partes: Dato reservado
Cita Online: AR/JUR/78613/2015

Hechos:

Una pareja solicitó autorización judicial para que su médico tratante procediera a la implantación embrionaria de gametos en el vientre de una mujer que actuaría como gestante subrogante. Relataron que la peticionante padecía el Síndrome de Mayer-Rikitansky-Küster-Hauster, lo que le impedía producir hormonas femeninas y lograr un embarazo. La sentencia le hizo lugar.

Sumarios:

1. La transferencia embrionaria en un vientre sustituto debe autorizarse, pues se trata de un procedimiento que no se encuentra expresamente prohibido y existe voluntad procreacional por parte de los solicitantes, quienes tendrán vínculo genético con el menor que nacerá y ejercerán la responsabilidad parental; a lo que puede agregarse que la gestante dio su consentimiento en forma libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia.
2. En un caso en el que se solicita la autorización para una transferencia embrionaria a un vientre sustituto debe descartarse el concepto de "explotación" de la madre gestante, ya que su objetivo es altruista y no hay de por medio una finalidad económica; máxime cuando existe entre los involucrados una relación de parentesco que fortalece y genera mayor confianza entre ellos.

Texto Completo:

1ª Instancia.- San Carlos de Bariloche, diciembre 29 de 2015.

Resulta:

Que pasan estos autos a despacho para el dictado de sentencia definitiva.

De los antecedentes cabe reseñar: A fs. 26/31 se presentan ‘Dato Reservado’, solicitando autorización judicial a los fines que su médico tratante proceda a la implantación embrionaria de gametos en el vientre de la Sra. ‘Dato Reservado’, quien actuará como vientre subrogante.

Señalan que la Sra. Dato Reservado padece de Síndrome de Mayer-Rikitansky-Küster-Hauser y que esta anomalía impide que produzca hormonas femeninas, con lo que resulta imposible lograr un embarazo y gestar un bebé.

Que han realizado tratamientos de fecundación in vitro, que resulta ser la única posibilidad para tener descendencia genética. Se formaron tres embriones que actualmente se encuentran criopreservados a la espera de la autorización judicial para su implantación.

Solicitan se autorice la implantación de esos embriones en el vientre de quien resulta ser cuñada de la presentante, casada con ‘Dato Reservado’ su hermano, con quienes han conversado esta posibilidad en familia y están de acuerdo.

Abundan en que la gestante no ha aportado sus gametos, no ha recibido retribución, tiene tres hijos propios que conocen la situación. Consta en el escrito de inicio su conformidad y ratificación.

A fs. 32 se da curso a la acción, disponiéndose se libre oficio a la Comisión Provincial de Bioética para que se expida en relación a la autorización peticionada, se da intervención a la Consejera de Familia del juzgado, se cita a estar a derecho al cónyuge de la pretensa gestante y se requiere la acreditación de que ésta posee, al menos, un hijo biológico.

A fs. 33 y 34 luce acreditación de un hijo biológico y conformidad del cónyuge, 'Dato Reservado'.

El Agente Fiscal a fs. 35 señala que no tiene objeción que formular al presente trámite, fundado en lo dispuesto por el art. 562 del CCCN —de inminente sanción al momento de emitir su dictamen y que regulaba la gestación por sustitución, luego suprimida del texto definitivo— y fundamenta además que se trata de asegurar el derecho reproductivo, entendido como un derecho humano fundamental. Requiere se evalúe la posibilidad de lograr un compromiso por parte de Dato Reservado para que en un período a determinar por los especialistas se abstenga de tener relaciones sexuales y que, de considerarse necesario, podría practicarse un examen de ADN luego del nacimiento para confirmar el vínculo.

Finalmente a fs. 104 señala que no tiene objeciones que formular al dictado de sentencia en los presentes.

Considerando: Que, si bien en el anteproyecto del Código Civil y Comercial se encontraba expresamente prevista la figura de la subrogación de vientres, como señalara el Sr. Agente Fiscal en su dictamen inicial, esta figura ha sido suprimida en el código civil sancionado y promulgado, manteniéndose el antiguo principio romano que determina el vínculo materno con la prueba del nacimiento y la identidad del recién nacido, tal como lo establecía el art. 242 del código de Vélez Sárfield.

Cierto es que la figura de la maternidad subrogada viene a romper con la figura del derecho romano "mater semper certa est" principio que, como señala Eleonora Lamm, hace crisis a partir de la posibilidad científica de que otra mujer extraña a la autora genética lleve a cabo la gestación y el parto, y que en estos tiempos deja de ser incuestionablemente un hecho cierto (cfr. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, "Gestación por sustitución" Realidad y Derecho, Eleonora Lamm, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Barcelona, Julio 2012).

Sin embargo, aún cuando no esté prevista, tampoco se encuentra prohibida y corresponde en este caso a la suscripta evaluar si se configuran los presupuestos que justifiquen dar curso al pedido.

Deben compatibilizarse, para componer una adecuada solución, los derechos involucrados y las circunstancias fácticas del caso.

Ha quedado demostrado que la Sra. 'Dato Reservado' posee una anomalía médica que le impide lograr un embarazo y gestar un bebé (fs. 3 y 44), con lo cual la única posibilidad para la pareja solicitante de tener descendencia sería a través de técnicas de reproducción humana asistida, como la fertilización in vitro —ya realizada—, la adopción y la maternidad subrogada.

En relación a la adopción, en el supuesto que esa fuera su alternativa, debe considerarse que, de inscribirse ahora, los solicitantes deberán esperar un promedio de diez (diez) años como mínimo, para estar entre los primeros del Registro Unico de Adoptantes local, en condiciones de recibir un bebé.

Sin perjuicio de ello, también debe respetarse que no deseen esta posibilidad o, por distintas razones que hacen a su intimidad, no estén dispuestos a transitar ese camino.

Con lo cual, la maternidad subrogada se presenta como alternativa válida para esta pareja, teniendo en cuenta estas consideraciones:

Existe voluntad procreacional por parte de los solicitantes: El deseo de tener un hijo, sostenido por el amor filial, a diferencia de la motivación de la futura gestante, basada en fines altruistas de ayudar a otros, no de ser madre. Este elemento volitivo hace que deba ponerse el foco en la "paternidad voluntaria", más allá de la verdad genética y la biológica que —como analizaré en el siguiente ítem— en este caso confluyen. Marisa Herrera señala: "... la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado, es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético". (Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia. Por Marisa Herrera. www.nuevocodigocivil.com)

El vínculo genético: El Comité de Bioética del hospital de San Carlos de Bariloche informa a fs. 44 que, de

realizarse el procedimiento de implantación, no existirá vínculo genético entre la madre gestacional o portadora y el bebé y la parentalidad genética coincidirá con la social o de crianza. Aquí debemos necesariamente relacionar el dato genético con la identidad. Fernández Sessarego señala que la identidad reconoce dos vertientes: a) una estática, inmodificable o con tendencia a no variar y b) otra dinámica, mutable en el tiempo. La identidad estática está conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej. Nombre, imagen estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.) La identidad dinámica se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales (aut. Cit. "Aspectos jurídicos de la adecuación de sexo" Revista Jurídica del Perú año XLVII N° 16 julio-septiembre 1998).

En este caso, ambas identidades confluyen: El niño/a será criado por quienes aportaron sus gametos. En otras palabras: la verdad genética, la verdad biológica y el elemento volitivo serán coincidentes.

Finalmente, la responsabilidad procreacional recaerá en los presentantes: 'Dato Reservado' serán directa y efectivamente responsables de criar y educar al niño/a por nacer, sin que exista conflicto en este sentido con la gestante. La Consejera de Familia del juzgado concluye que, desde la subjetividad particular y de cada pareja, la decisión fue asumida con total responsabilidad, respetando tiempos personales y contando con el apoyo de las familias ampliadas (fs. 38).

En relación a los argumentos más relevantes, contrarios a la maternidad sustituta, cabe preguntarse: Importa el presente caso una cosificación de la gestante, convirtiéndola en una "incubadora humana" para el hijo de otro? Ha quedado claro en el expediente que la Sra. 'Dato Reservado' ha dado su consentimiento en forma totalmente libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia ampliada (Consejera de Familia, fs. 38). El psicólogo designado sostiene a fs. 87 que 'Dato Reservado', actuando de manera plenamente libre y con el acompañamiento de su pareja, decide brindarle a 'Dato Reservado' la posibilidad de ser padres. Que posee herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que decide ocupar, para afrontar el despegue de la entrega del bebé al momento del nacimiento y las consecuencias que de ello se podrían desprender. Con lo cual no estamos en el supuesto de cosificación o explotación de la mujer gestante.

También debe descartarse el concepto de "explotación" de la madre sustituta, ya que el objetivo de la gestante es totalmente altruista, oficiando de vehículo para que el deseo de los futuros padres pueda hacerse realidad (Consejera de Familia fs. 38 y pericia psicológica fs. 87). No hay de por medio una finalidad económica. Es más, existiendo entre los involucrados una relación de parentesco, también se ha trabajado respecto a esa cuestión, concluyéndose que ello los fortalece y les genera mayor confianza y que ambas parejas se encontrarían preparadas tanto a nivel psíquico como emocional para afrontar el embarazo y posterior nacimiento del futuro bebé, sin que se adviertan motivos para generar confusión en los roles parentales futuros (fs. 87).

Con lo expuesto hasta aquí, adelanto que habré de hacer lugar a la autorización solicitada, considerando que se encuentran en juego: el derecho a la identidad, a la protección de la familia, a la libertad reproductiva, a la voluntad procreacional y a la intimidad.

Vale recordar que en el caso "Artavia Murillo" la CIDH adhirió al criterio de la CEDH según el cual "la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico" y ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido.

Sin dudas que en temas como el que nos ocupa, existen numerosos interrogantes que sólo podrán ser respondidos con el transcurso del tiempo, así como imponderables que, como tales, no pueden ser sopesados en esta sentencia.

No obstante, tendré presentes algunas de las recomendaciones del Comité de Bioética y del perito psicólogo designado; con el objetivo de acompañar el proceso: 1) El consentimiento informado que suscribirán las partes deberá incluir factores de riesgo teniendo en cuenta las características y antecedentes clínicos y obstétricos de la madre gestante (hipotiroidismo, edad, etc.) y constancia de haber recibido información sobre la posibilidad de

transmisión del Síndrome MRKH, dejándose en claro que la información es recibida en primera persona y que la firma es efectuada de puño y letra por los involucrados; 2) Seguimiento psicológico durante el embarazo y luego del parto a la gestante y a sus hijos.

Producido el parto, deberá informarse en forma inmediata a este juzgado, a los fines de la inscripción del/los nacimientos.

Resalto que el/los niños que nazca/n deberán conocer la verdad sobre su gestación y nacimiento ya que por sobre el derecho a la intimidad de los adultos involucrados prevalecerá su derecho a conocer la verdad sobre su origen (CDN, arts. 7 y 8).

Para todo ser humano resulta importante conocer la historia de cómo llegó a la vida y principalmente, como señala Eva Giberti: por la verdad como una ética para construcción de los vínculos familiares que asegura vínculos sanos ("La adopción", 3a ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1998, ps. 228 y ss.).- Como colofón, señalo: No estamos aquí ante una situación consumada, en que se ha producido un nacimiento y se impugna la filiación. Se solicita el aval jurisdiccional para un procedimiento en el que los adultos involucrados están de acuerdo y al que desean someterse por su propia voluntad, con objetivos claros por parte de cada uno de ellos y encontrándose debidamente informados.

"... se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Kemelmajer de Carlucci, Herrera Marisa, Lamm Eleonora "Regulación de la gestación por sustitución" LA LEY 10/09/2012, p. 1)".

En mérito a lo expuesto, resuelvo: I. Autorizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto, previa suscripción del consentimiento informado con las recomendaciones dispuestas en el ítem 1) y seguimiento dispuesto en el ítem 2) de los considerandos precedentes. II. Regular los honorarios profesionales de.... III. Dichos honorarios deberán abonarse dentro del plazo de diez días de notificados, con más sus intereses, si correspondiere.- (arts. 50 y 61 L.A.). IV. Regístrese. Protocolícese. Notifíquese. — Marcela Trillini.