

Voces: Derechos personalísimos ~ Derecho a la procreación y a la planificación familiar

Tribunal: Tribunal de Familia Nro. 3 de MorónTrib. Familia Morón,n. 3

Fecha: 21/11/2011

Partes: G., A. P.

Publicado en: RDF 2012-III-119;

Cita Online: AP/JUR/289/2011

Sumarios:

1. Sin perjuicio de que poder hacerse a través de una fertilización heteróloga, sin necesidad de intervención judicial, la viuda de quien se ya se ha sometido a un tratamiento de crío preservación de semen tiene derecho a procrear y completar el proyecto de familia que construyera con su marido, fallecido prematuramente antes de llevarse a cabo el tratamiento de fertilización, puesto que la búsqueda de un hijo producto del amor que se profesen, no debe frustrarse por la muerte prematura del marido si se encuentra forma de intentarla.
2. La circunstancia de que el esposo de quien solicita autorización para someterse a un tratamiento de fertilización asistida-, prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia que su propia dolencia requería, hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación en una institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de fertilización, y tal conformidad se mantuvo por los nueve meses que el esposo sobrevivió, resulta procedente recurrir a la figura del consentimiento presunto, y autorizar el tratamiento de fertilización asistida solicitado, puesto que estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo, sino que sus familiares directos confirmaron que era deseo del fallecido ser padre.

Texto Completo:

Morón, noviembre 21 de 2011.

Resulta:

A fs. 15/16 Doña Andrea Paula Gaudino requiere se declare que no existe impedimento alguno para que se le efectúe "el implante del material genético crío-preservado".Dice que contrajo matrimonio con el Sr. Javier Oscar Losinno el 22 de septiembre de 2005 y que no pudiendo lograr un embarazo por padecer una poliquistosis ovárica concurrió con el cónyuge al Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida Procrearte con domicilio en la calle Bulnes n. 1.104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En ese lugar el Dr. Quintana les aconsejó una fertilización asistida. A esos fines en el mes de junio de 2010 dieron el consentimiento para crío-preservar material genético para un posterior implante. Agrega que en ese mismo mes y año se diagnosticó al Sr. Losinno un cáncer Linfoma no Hodking que le provocó la muerte el 13 de marzo de 2011.Afirma contar con el decidido apoyo del grupo familiar del marido y que los suegros le cedieron los derechos sucesorios que les corresponderían. Sigue diciendo que el Centro de Fertilización le exige autorización judicial para seguir el tratamiento. Ofrece prueba documental que acredita la cesión de derechos, el matrimonio, la defunción, la recepción de crío-preservación de semen y estudios ginecológicos (fs. 4/10).-De fs. 18 y 19 surgen las entrevistas celebradas en el Tribunal con la peticionante y familiares del esposo fallecido. A fs. 21 el Señor Agente Fiscal devuelve la causa que le fuera conferida en vista por entender que no estaba comprometido el orden público. A fs. 24 la Coordinadora de la Comisión de Bioética del Colegio de Médicos, Distrito III (Morón) solicita la documentación donde figura el consentimiento para realizar la fecundación asistida. A fs. 29/30 vta. consta la entrevista de la Perito Psicóloga con la peticionante. A fs. 32/52 Doña Andrea Paula Gaudino insiste en su solicitud acompañando copia de historia clínica. A fs. 56/58 se glosa el informe de la Comisión de Bioética convocada para expedirse sobre el asunto traído a decisión. A fs. 59/62 la Sra. Gaudino reitera sus argumentos citando antecedentes jurisprudenciales extranjeros y derecho que considera aplicable.

Considerando:

I.- Que por lo general los avances científicos van adelante del derecho; más a n, dado el gran dinamismo de las ciencias, al derecho le cuesta acomodarse, acompañar a dar soluciones precisas a tales cambios. Frente a problemas concretos que exigen solución, este asincronismo entre ciencia y derecho origina numerosos vacíos jurídicos causantes de indefensión. Es Fácil verificar que las técnicas de reproducción asistida sufren tales vacíos con claras repercusiones de índole administrativa, civil o penal (de la Exposición de motivos de la ley 35/1988, primera ley sancionada en España citada por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm en "La reproducción médicamente asistida" en L.L. ejemplar del 8/8/2011).II.- Que, sin embargo, el art. 15 del Código Civil prescribe que "los Jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes" y que el siguiente art. 16, del mismo cuerpo, da una serie de elementos a los que puede recurrir el Juez en cumplimiento de su obligación de fallar: principios de leyes análogas o principios generales del derecho, "teniendo en consideración las circunstancias del caso". Se trata de normas tributarias de una concepción dogmática del derecho en el se encuentran los recursos necesarios para resolver todas las cuestiones jurídicas que puedan plantearse ("Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Alberto Bueres dirección. Elena S. Highton coordinación", Hammurabi J.L. Depalma editor).

III.- Que el art. 19, CN y 25 de la de nuestra provincia consagra el principio de que todo lo que no está prohibido, está permitido. Es el llamado principio de legalidad, pilar del estado de derecho del que se desprende que "únicamente la ley puede prohibir y ordenar y que nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe" (Helio Juan Zarini "Constitución Argentina Comentada y concordada, Ed. Astrea)

IV.- Que como se desprende de fs. 9 y 49 la peticionante padece infertilidad, definida como el funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a las personas de crear una familia. Es decir que está afectada para lograr concebir o llevar adelante un embarazo (aquí sigo a Martín Miguel Culaciati y Mariana Rodríguez Iturburu en " Breve comentario sobre los proyectos de la ley a que regulan las técnicas de reproducción humana asistida " en Rev. Derecho de Familia n. 48, marzo de 2011, págs. 213 y sigtes.).

V.- Que como se reconoce en el preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud y en la normativa internacional incorporada a nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) todas las personas gozan del derecho a la salud y que ella no es sólo ausencia de enfermedad sino un estado de completo bienestar.

VI.-Que la Reunión Internacional sobre Mujeres y Salud (Amsterdam 1984) cuando adoptó la expresión " derechos reproductivos" empezó a ampliar el campo de los derechos humanos, llegándose en El Cairo en 1994, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, a construir su definición: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos". Analizando la evolución del derecho a la salud entre los años 1853 y 2003, German Bidart Campos aseveró que "la ampliación evolutiva del derecho a la salud aconseja ahora un nuevo engarce con el tema llamado " salud reproductiva" ("Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud entre 1853 y 2003 de L.L. 2003- C-1235).

VII.- Que por lo que vengo diciendo la solicitante tiene derecho a procrear y no se me escapa que lo podría hacer a través de una fertilización heteróloga con el semen de un donante conocido o anónimo, como ocurre actualmente en el mundo y en el país, sin necesidad de intervención judicial. Pero Andrea Paula Gaudino ha ocurrido ante los estrados para completar el proyecto de familia que construyera con su marido Javier Oscar Losinno de "...tener un hijo ya nombrado por ambos...un hijo producto del amor, buscado con amor "(de la entrevista con la Perito Psicóloga del Tribunal de fs. 30/31). Esa búsqueda no debe frustrarse por la muerte prematura del marido si se encuentra forma de intentarla. La Dra. Mónica B. Glant, como Coordinadora de la Comisión de Bioética, sintetiza la opinión favorable al pedido diciendo que "como valor agregado es importante que la Sra. Gaudino tenga el apoyo de sus suegros y su cuñada que manifiestan estar de acuerdo con el pedido (fs. 19) porque el deseo de Javier Oscar Losinno era el de ser padre" (fs. 58).

VIII.- En orden al consentimiento del fallecido donante del semen la Comisión de Bioética afirma que antes del tratamiento quimioterápico al que se sometió a Losinno, éste prestó su consentimiento como surge de la historia clínica (fs. 40/ vta.). La Coordinadora, Dra. Glant, interpreta que a falta de un "consentimiento expreso, presencial o documental, para la libre disposición post mortem de material crio-preservado...podemos recurrir a la

figura del consentimiento presunto, respecto del uso post mortem de material genético con el fin de fecundar a la mujer..." y concluye "debería darse curso al mismo" (fs. 57/58).Entiendo que si Losinno prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación en "Procreate" -la institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de fertilización- la conformidad se mantuvo por los nueve meses que Losinno sobrevivió (ver partida de defunción y constancia de fs. 8 donde se deja en claro que se criopreservaron 6 viales).Estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo sino que sus padres y hermana, entrevistados en el Tribunal confirman que "...el deseo de Javier Losinno era de ser padre...que con el nacimiento se concretaría el sueño del matrimonio Gaudino-Losinno" (fs. 19).

IX.- Que habiendo varios métodos o vías de fertilización asistida para llegar al embarazo (como ilustran Gil Dominguez, Famá y Herrera en "Derecho Constitucional de Familia, T° II, pág. 817 y también Iñigo, Levy y Wagmaister en "Reproducción humana asistida" en Enciclopedia de Derecho de Familia", T° III, pág. 551 y sigtes.) que pueden ser: inseminación artificial, fecundación in vitro o transferencia intratubaria de gametos, considero prudente autorizar a los profesionales intervinientes elegir la que consideren más idónea de acuerdo con sus conocimientos.

Por todo ello, hechos y derecho invocados, resuelvo:

1) Autorizar a Andrea Paula Gaudino a utilizar el semen criopreservado el 17 de junio de 2010 en PROCREARTE (Red de Medicina Reproductiva) que esa institución informara como perteneciente a Javier Oscar Losinno, con la finalidad de intentar la reproducción por el método que los profesionales médicos consideren más adecuado según sus conocimientos

2) Regular los honorarios del Dr. Rubén O. Piccolomini (T° X, F° 39 del CAM) en la suma de pesos con más el aporte de ley (arts. 9 y cctes., dec.-ley 8204/1977).

3) Regístrese. Notifíquese. Expídase copia y librese oficio.-Vilma A. Recoder.