

## Medidas Cautelares Fertilizacion Asistida Derechos Del Nino Derecho A La Informacion Responsabilidad Del Estado Nacional

### JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 29 de agosto de 2019.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: Los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Guillermo F. Treacy y Pablo Gallegos Fedriani, dijeron:

I.- Que a fojas 36/38 la jueza de la anterior instancia rechazó la medida cautelar requerida por la Sra. Alejandra BARRERA, en derecho propio y en representación de su hija menor L. B., tendiente a que se ordenara al Estado Nacional-Ministerio de Salud y Desarrollo Social conservar la información obtenida por el Centro Médico GENS, con relación a la identidad del donante seleccionado, en el tratamiento de fertilización asistida practicado por la actora. Para así decidir, la magistrada, consideró que en el caso no se hallaban reunidos los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora previstos en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Además, indicó que la pretensión cautelar resultaba sustancialmente idéntica al objeto de la acción principal, por lo que de acogerse la medida solicitada, la actora obtendría anticipadamente la satisfacción de lo perseguido con la acción de fondo (v. fs. 37 vta.).

II.- Que contra dicha resolución, a fojas 39/41 la actora interpuso recurso de apelación y expresó agravios. En lo que aquí interesa, afirmó que -de acuerdo con la legislación actual- los centros de fertilidad y los bancos de gametos no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donantes de los gametos, motivo por el cual existe el riesgo cierto de que la referida información se pierda de manera definitiva. En tal sentido, aclaró que la información resulta invaluable ante un eventual procedimiento médico en el cual se necesite la identidad genética del donante. Por otro lado, manifestó que el derecho a la salud, identidad e información del niño previstos en los Instrumentos Internacionales prevalecen frente al derecho al anonimato del donante. Además, aclaró que su pretensión cautelar es la del resguardo y preservación de la información del donante empleado en el procedimiento de fertilización asistida de su hija menor.

III.- Que a fojas 46 se ordenó correr vista al Ministerio Público de la Defensa, quién intervino a fojas 47/49 como representante promiscuo de la menor L. B. haciendo propios los argumentos esgrimidos por la actora.

IV.- Que sentado ello, cabe recordar que en toda medida cautelar la investigación sobre el derecho que se postula se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho parezca verosímil. El resultado de esta sumaria cognición sobre la existencia del derecho tiene, en todos los casos, valor no de una declaración de certeza sino de hipótesis solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá verificar si la hipótesis corresponde a la realidad (conf. esta Sala, in re: ?Incidente Nº 1 - Actor: Masisa Argentina SA Demandado: GCBA-AGIP-DGR s/Inc de Medida Cautelar?, del 21/06/18). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que siempre que se pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, se debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (conf. Fallos: 329:3890). Por otra parte, también debe considerarse que la finalidad de las medidas cautelares, en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la eventualidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten insustanciales los pronunciamientos que den término al litigio (conf. esta Sala, in re: ?Acegame S.A c/ DGA -resol 167/10 [expte. 12042-36/05]-?, del 9/09/10).

V.- Que partiendo de esas premisas, corresponde ingresar al análisis de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar solicitada. A tal fin, conviene efectuar una breve reseña de la normativa involucrada en el caso.

V.1.- En este sentido, el artículo 563 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que ?[l]a información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento?. Es decir, el derecho del niño, niña o adolescente a saber que ha nacido por técnicas de reproducción humana asistida con material genético de un tercero ajeno al proyecto parental. En este orden de ideas, el artículo 564 del mismo código dispone que el ?[a] petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; /// b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local?. Por otra parte, mediante la Resolución Nº 1305/2015 el Ministerio de Salud aprobó las ?normas de habilitación y fiscalización de establecimientos de reproducción medicamente asistida?, en lo que aquí interesa, dicha resolución regula la trazabilidad con relación a los ?bancos de gametos?, es decir ?banco de semen? y ?banco de ovocitos? prescribiendo en ambos casos la obligación de contar con un registro -por duplicado- de sus donantes, los cuales deben ser guardados en dos lugares por separado (arg. Res. Nº 1305/2015, Anexo I, aps. III.1.4. y III. 2.5.). Asimismo, la última resolución antes citada prescribe que ?[l]a

información mencionada estará sujeta a los alcances de lo establecido en el art. 18 de la Ley Nº 26.529 y su decreto reglamentario, sin perjuicio de los derechos que otras leyes otorguen a las personas nacidas mediante técnicas de reproducción médicamente asistida? (arg. Res. Nº 1305/15, Anexo I, aps. III.1.4. y III. 2.5.). V.2.- Expuesto lo anterior, con relación a las cuestiones aquí planteadas, en el marco de la causa sustancialmente análoga ?C., E. M. y otros c/ EN-Mº Salud s/ Amparo Ley 16.986?, respecto al fondo de la asunto esta Sala garantizó el derecho a la identidad de las menores involucradas, en lo relativo al derecho a conocer los orígenes genéticos, a través del resguardo y preservación de esa información. Por tales motivos, en este estado preliminar del proceso, se advierte prima facie acreditada la verosimilitud en el derecho, toda vez que la información genética de la menor no se encuentra adecuadamente protegida, a los fines de garantizar la posibilidad de ejercicio del derecho a la información. V.3.- En cuanto al peligro en la demora, debe señalarse que esta Sala tiene dicho que no corresponde ser tan estricto en la valoración de la verosimilitud del derecho cuando es palmario y evidente el peligro en la demora y viceversa (esta Sala, in re: ?Succat S.A C/ M Economía - DGA S/ Código Aduanero - Ley 22415 - Art 70?, del 4/8/16). En efecto, el rechazo de la medida solicitada es susceptible de acarrear consecuencias más dañinas al peticionario que los eventuales perjuicios que su admisión podría producir a su adversaria. V.4.- Todo ello, sin perjuicio de aclarar que las resoluciones sobre medidas precautorias no revisten carácter de sentencias definitivas, por lo que no puede pretenderse respecto de ellas la existencia de cosa juzgada o material o formal y pueden, por ende, ser modificadas cuando varían las circunstancias de hecho. VI.- Que tales condiciones, dentro del limitado ámbito cognoscitivo que impone el procedimiento cautelar y sin formular un juicio definitivo acerca de la cuestión que se controvierte en el proceso, a criterio de este Tribunal se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por lo que corresponde otorgar la medida solicitada por cuanto, existe mayor riesgo en denegarla que en concederla ya que la concesión de la cautela no consuma a favor de la actora ninguna situación que no pueda ser revertida si la pretensión de fondo fuera rechazada. VII.- Que en consecuencia, por los fundamentos expuestos en la presente resolución, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la actora y revocar la resolución de la jueza de grado. En tales condiciones, se ordena al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa al donante de esperma utilizado para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin que ello implique dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que establece el Código Civil y Comercial de la Nación o las que oportunamente el Congreso de la Nación. Ello bajo caución juratoria. ASI VOTAMOS. El Juez de Cámara, Jorge F. Alemany dijo: I.- Que a fojas 36/38 la jueza de la anterior instancia rechazó la medida cautelar requerida por Sra. Alejandra Barrera, en derecho propio y en representación de su hija menor L.B., tendiente a que se ordenara al Estado Nacional - Ministerio de Salud y Desarrollo Social conservar la información obtenida por el Centro Médico Genes, con relación a la identidad del donante seleccionado, en el tratamiento de fertilización asistida practicado por la actora. Para así decidir, la magistrada consideró que en el caso no se hallaban reunidos los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora previstos en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Además, indicó que la pretensión cautelar resultaba sustancialmente idéntica al objeto de la acción principal, por lo que de acogerse la medida solicitada, la actora obtendría anticipadamente la satisfacción de lo perseguido con la acción de fondo (v. fs. 37vta.). II.- Que contra dicha resolución, a fojas 39/41 la actora interpuso recurso de apelación y expresó agravios. En lo que aquí interesa, afirmó que - de acuerdo con la legislación actual- los centros de fertilidad y los bancos de gametos no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donante de los gametos, motivo por el cual existe el riesgo cierto de que la referida información se pierda de manera definitiva. En tal sentido, aclaró que la información resulta invaluable ante un eventual procedimiento médico en el cual se necesite la identidad genética del donante. Por otro lado, manifestó que el derecho a la salud, identidad e información del niño previstos en los instrumentos internacionales prevalecen frente al derecho al anonimato del donante. Además, aclaró que su pretensión cautelar es la del resguardo y preservación de la información del donante empleado en el procedimiento de fertilización asistida de su hija menor. III.- Que a fojas 46 se ordenó correr vista al Ministerio Público de la Defensa, quien intervino a fojas 47/49 como representante promiscuo de la menor L. B. haciendo propios los argumentos esgrimidos por la actora. IV.- Que sentado ello, cabe recordar que en toda medida cautelar la investigación sobre el derecho que se postula se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho parezca verosímil. El resultado de esta sumaria cognición sobre la existencia del derecho tiene, en todos los casos, valor de una declaración de certeza sino de hipótesis y solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá verificar si la hipótesis corresponde a la realidad (conf. esta Sala, in re: ?Incidente Nº1 - Actor: Masisa Argentina SA Demandado: GCBA-AGIP-DGR s/ Inc de Medida Cautelar?, del 21/06/18). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que siempre que se pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, se debe acreditar la existencia de

verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (conf. Fallos: 329:3890) Por otra parte, también debe considerarse que la finalidad de las medidas cautelares, en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la eventualidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten insustanciales los pronunciamientos que den término al litigio (conf. esta Sala, in re: ?Acegame S.A. c/ DGA -resol 167/10 [expte. 12042-305]-?, del 9/09/10). V.- Que, en tal sentido, cabe señalar que en el artículo 563 del Código Civil y Comercial de la Nación, se establece ?Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento?. A su vez, en el artículo 564, ?Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local?. Por otra parte, la Resolución 1305/15 del Ministerio de Salud de la Nación aprobó las normas de habilitación y fiscalización de establecimientos de reproducción asistida, que regula, entre otras cuestiones, la trazabilidad de los ?bancos de gametos?, es decir, ?bancos de semen? y ?bancos de ovocitos?, y establece que la obligación de contar en ambos casos un registro por duplicado de donantes, los cuales deberán ser guardados en dos lugares por separado. También, se establece que el ?banco deberá contar con registros duplicados de sus donantes, destino de las muestras, receptores y resultados, los cuales deberán ser guardados en dos lugares por separado, bajo la responsabilidad del Director/a Médico; y que la ?información mencionada estará sujeta a los alcances de lo establecido en el art. 18 de la Ley 26.529 y su decreto reglamentario, sin perjuicio de los derechos que otras leyes otorguen a las personas nacidas mediante técnicas de reproducción médicamente asistida? (cfr. Anexo I, puntos III.1.4 y III.2.5.). VI.- Que, en consecuencia, y en virtud de lo decidido por esta Sala en la causa nro. 40549/2011 ?C., E. M. Y OTROS c/ EN-M§ SALUD s/AMPARO LEY 16.986?, del 29 de abril de 2014, corresponde ordenar al Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación que verifique el efectivo cumplimiento, por parte del establecimiento indicado por la demandante, del deber de resguardo de la identidad y demás información biológica del donante, y conserve esa información más allá del plazo de 10 años establecido en el artículo 18 de la ley 26.529. Ello es así, para que la niña interesada pueda, al cumplir la mayoría de edad, hacer ejercicio efectivo de los derechos establecidos por el artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación, en las condiciones allí establecidas. ASI VOTO. Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: Hacer lugar al recurso interpuesto por la actora, revocar la resolución de la jueza de grado y se ordena al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa al donante de esperma utilizado para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin que ello implique dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que establece el Código Civil y Comercial de la Nación o las que oportunamente el Congreso de la Nación. Ello bajo caución juratoria. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Guillermo F. TREACY Jorge Federico ALEMANY (por su voto) Pablo GALLEGOS FEDRIANI

Correlaciones: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Art. 563

075324E

USJU075324E

- .