

"C. M. L. y otro/a S AUTORIZACION JUDICIAL" EXPTE N° 50908/2019 SENTENCIA DEFINITIVA N° HONORARIOS N° ---La Plata, 30 de septiembre de 2019.- ---Y VISTOS: Los presentes obrados caratulados "C. M. y otro/a s/ Autorización Judicial", traídos a despacho para dictar sentencia en cuanto a la autorización pretendida por los peticionarios en la presentación de inicio; de los cuales, R E S U L T A: 1.- Que en fecha 16 de julio de 2019 se presentan C., M. L. y A., A. F. solicitando autorización judicial para interrumpir la criopreservación de embriones, los cuales han sido generados luego de la relación de una técnica de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) en marzo de 2008.- Expresan que durante el año 2007 realizaron distintos tipos de estudios hasta lograr el diagnóstico correcto en el mes de diciembre, la baja reserva ovárica de C., iniciándose una ovodonación mediante técnica ICSI.

En abril del año 2008 se llevó adelante el procedimiento del cual obtuvieron once embriones que se criopreservaron en cuatro pajuelas.

Manifiestan que con la primer transferencia embrionaria lograron el embarazo tan deseado habiendo nacido su hija A. L. A. C. Y que, en la actualidad, no es su deseo tener más hijos. Sin embargo, durante diez años han mantenido la criopreservación de dichos embriones, en un principio pensado que más adelante intentarían lograr un nuevo embarazo. Al día de la fecha han tomado la decisión de cesar la criopreservación y resolver el contrato que los une vitaliciamente con la Clínica P. No obstante, desde la misma les han manifestado que para interrumpir la criopreservación ante la falta de normativa expresa se requiere autorización judicial. Finalmente, señalan que carecen de voluntad procreacional, que no desean continuar atados a un contrato de tiempo indefinido y que tampoco tienen la voluntad de donarlos ni dejarlos para la investigación. 2.- Que en fecha 18 de julio de 2019 el Juzgado de Familia n° 6 departamental se declaró incompetente para entender en el presente proceso en función de la atribución de competencia en los términos del art. 830 del CPCC, por no revestir identidad de partes conforme la ley indica.-

Realizado, entonces, el sorteo de rigor a través de Receptoría General de Expedientes, el día 9 de agosto es recepcionado el presente trámite por ante el Juzgado a mi cargo.- En este sentido y habiéndose dado cumplimiento el día 13 de septiembre de 2019 con lo dispuesto en fecha 14 de agosto del corriente (art. 2 Ac. 2514/92 SCBA), quedaron los autos en condiciones de dictar

sentencia.- Y, C O N S I D E R A N D O: I.- Liminariamente resulta menester, previo a expedirme acerca de la autorización pretendida, realizar un pormenorizado análisis acerca de la naturaleza jurídica que detenta el embrión no implantado. Pues la ausencia de normativa específica al respecto es lo que obliga a las partes a tener que acudir a la justicia en busca de una respuesta.

La herramienta que posibilitará arribar a una respuesta adecuada la encontramos en los arts. 1 y 2 del CCCN que dotan de elasticidad y flexibilidad al ordenamiento jurídico interno permitiendo el diálogo de fuentes con el afán de alcanzar soluciones que respeten el piso mínimo que emerge de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Respecto a estos últimos, son incorporados al texto de la Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994 conformando el denominado "bloque de convencionalidad", receptándose en ese entonces de manera expresa el derecho a la vida. Entre ellos encontramos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece, "Todo ser humano tiene derecho a la vida..." (art. 1); la Declaración Universal de Derechos Humanos, "Todo individuo tiene derecho a la vida..." (art. 3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..." (art. 4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...", impidiendo además la aplicación de la pena de muerte a las mujeres "en estado de gravidez" (art. 6 incs. 1° y 5°); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que, entre otros actos, incluye la matanza de miembros de un grupo y la adopción de "medidas destinadas a impedir los nacimientos..." (art. 2 incs. a y d). Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño establece, "Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida" (Art. 6), definiendo al niño como todo ser humano menor de dieciocho años de edad (Art. 1). Dicha Convención fue aprobada mediante la Ley N° 23.849, que en el art. 2° dispone "la República Argentina declara que (...) debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad". Del corpus iuris internacional dimana que el derecho a la vida es un derecho humano inherente a toda persona, pero ¿cuándo comienza la existencia de la persona?

El Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 19, modificado con fecha 28 de noviembre de 2013 en la Cámara de Senadores, establece:

“Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” Diferenciándose así del artículo proyectado originariamente donde se preveía, además, para el caso de técnicas de reproducción humana asistida, que el comienzo de la existencia se produce con la implantación del embrión en la persona, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado. El artículo responde a la tradición jurídica argentina. Los fundamentos del Anteproyecto expresaban que "no se varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología". La quita sufrida en la Cámara de Senadores silencia una realidad que viven muchas parejas o personas solas que pretenden alcanzar la paternidad o maternidad a través del uso de las técnicas de reproducción humana asistidas, obligando a la justicia a expedirse sobre situaciones, como la de autos, simplemente por la razón de no contar con una legislación clara y precisa que regule el tema.

Ello así, toda vez que las TRHA, como fuente filial autónoma, presentan características que le son propias. Mientras la filiación por naturaleza exige la preexistencia de una relación sexual entre un hombre y una mujer, en el caso de las TRHA ese presupuesto no es necesario, sólo la intervención médica. Pudiendo escindirse la reproducción de la relación sexual, entonces, hablar de comienzo de la existencia de la persona con la concepción -entendida como la unión del óvulo con el espermatozoide- en TRHA no resultaría ser la solución más elocuente, pues en los supuestos de alta complejidad en donde el embrión se forma in vitro, tal acontecimiento sucede por fuera del cuerpo de la persona, con las graves consecuencias jurídicas que ello trae aparejado para todas aquellas personas que acuden al uso de las TRHA con el objeto de poner en marcha el derecho humano a formar una familia, entre otros. De este modo, partiendo de la redacción actual del art. 19 del CCCN, si el derecho a la vida comienza a partir de la concepción, la cuestión -como ya he señalado- debe ser dilucidada a través de la interpretación jurídica y sistémica que se haga sobre este concepto en consonancia con los avances científicos que imperan en la materia. Circunstancia que ha dado lugar a grandes debates en doctrina (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora, Herrera, Marisa, “Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de

menores como "Defensor de los Embriones", AR/DOC/3667/2014, LA LEY 14/10/2014 1 - LA LEY 2014-E, 1372; Villaverde, María Silvia, "La concepción", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (enero), La Ley, 2014, p. 147; Krasnow, Adriana N., "Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción. En la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. 64, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 29; Sabin Paz, Eduardo y Germain, Marianela L., "¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 257; Muñoz, Gerardo Fabián, "Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2014, p. 180; Labombarda, Pablo M., "El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 184; Cerrutti, María del Carmen y Plovanich, María Cristina, "Persona humana: Comienzo de la existencia", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 199; Cerutti, María del Carmen y Plovanich de Hermida, María Cristina, "Comienzo de la existencia de la persona", Sup. Act. 27/03/2014, La Ley, p. 1. Lamm Eleonora, "El comienzo de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial. Estatus, alcance y protección de embrión in vitro" en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3 Personas humanas, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016; Herrera Marisa (dir.), Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Rubinzal Culzoni 2018, p. 195 y sstes.). En este entendimiento, es menester poner de relieve tres ejes argumentativos, a saber: a) El Código Civil y Comercial de la Nación. En primer lugar, es dable destacar que el término "concepción" no se encuentra definido de manera expresa en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, resulta de relevancia lo normado por el art. 20 del CCCN por cuanto entiende por época de concepción al lapso entre el máximo y mínimo fijado para la duración del embarazo. Es decir, que el legislador relaciona directamente la noción de embarazo con el concepto de concepción, lo que permitiría suponer que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico pues sin implantación del embrión no hay embarazo posible en la

persona. A mayor abundamiento, el art. 21 sienta como principio que los derechos y obligaciones del concebido o implantado quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Una interpretación armónica de los arts. 19, 20 y 21 del CCCN permite suponer que el legislador prevé dos momentos diferentes del comienzo de la existencia de la persona humana en sentido jurídico: en caso de filiación por naturaleza o en supuestos de TRHA de baja complejidad será a partir de la concepción; en tanto para los supuestos de TRHA de alta complejidad será al momento de implantación del embrión. Por su parte, en consonancia con ello, el art. 562 al hablar de la voluntad procreacional, establece que la misma se exterioriza a través del consentimiento previo, informado y libre, el cual puede ser revocado libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (cfr. 560 y 561 CCCN). Esta posibilidad prevista por el legislador de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación deja a traslucir la naturaleza jurídica del embrión no implantado y la inexistencia de personalidad e imposibilidad de exigir un derecho a la vida y/o un derecho a nacer. Finalmente, la ley 26.994 que aprueba el CCCN, dispone en su art. 9° cláusula segunda: "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial". Esta norma transitoria termina de echar claridad sobre el asunto, pues si el embrión no implantado ha de ser objeto de protección a través de una ley especial resulta obvio que el legislador no le brinda el alcance y consecuencias jurídicas previstas en el art. 19.

b) La ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. También resulta oportuno destacar que tanto la ley 26.862 como su decreto reglamentario 956/13 siguen la línea interpretativa hasta aquí trazada. En efecto, la ley de cobertura y acceso integral regula algunas cuestiones trascendentales que permiten inferir a quien la interpreta que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico. Regula, entre otras cuestiones, la donación de embriones, la criopreservación de embriones (como tienen los petitionarios en autos) y la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona. De este modo, si se puede donar, criopreservar y revocar el consentimiento hasta antes de transferir los embriones, es evidente que esta normativa entiende implícitamente que los embriones in vitro no son persona.

c) La postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH en un caso emblemático, "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" del 28 de noviembre de 2012 reafirmado en el

proceso de seguimiento de sentencia del 26 de febrero de 2016 y en el acuerdo de solución amistosa suscripto entre los demandantes y el Estado de Costa Rica el 4 de agosto de ese mismo año homologado en fecha 29 de noviembre de 2016, ha tenido la ardua tarea de definir qué debe entenderse por el término "concepción" (cfr. CIDH, 26/02/2016, "Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica s/ supervisión de cumplimiento de sentencia", LA LEY 2016-B, 357, con nota de Kemelmajer de Carlucci, Herrera Marisa y Lamm Eleonora (2016), La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones, en Revista La Ley, Buenos Aires, cita online: AR/DOC/875/2016 y Gil Domínguez Andrés (2016), El caso "Artavia Murillo II": La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto, cita online: AP/DOC/722/2016. Sentencias disponibles en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/acuerdo_326_esp.pdf; y http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf). Y lo hizo compulsando el artículo 4.1 de la CADH, en particular las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones: a) el sentido corriente de los términos; b) sistemáticamente e histórica; c) evolutiva y d) según el objeto y fin tratado (ha sido ampliamente tratado en: Herrera Marisa (dir.), Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Rubinzal Culzoni 2018, p. 218).- Luego de un pormenorizado análisis de cada uno de los ítems enunciados, el Máximo Tribunal Regional entendió que el término concepción es sinónimo de "anidación" o "implantación". Sucede que si el embrión no se implanta, sus posibilidades de desarrollo son nulas, de modo tal, que no cuenta con la protección aludida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal opinión esgrimida por la Corte IDH resulta obligatoria para el derecho argentino, el cual debe guiarse por la jurisprudencia del mentado Tribunal. Así lo ha sostenido nuestro más Alto Tribunal al decir que resulta ser "...una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (cfr. caso "Mazzeo", fallo 330:3248, considerando 20). En síntesis, bajo pena de incurrir

en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones asumidas, no cabe otra interpretación más que considerar que los embriones no implantados no son persona en sentido jurídico, independientemente ello de las creencias personales que cada individuo pueda tener en su esfera íntima (art. 19 CN).

II.- Habiendo sido sentado ello, en el caso en concreto, la posición aquí esgrimida resiste el control de constitucionalidad-convencionalidad interno potenciando de este modo la protección de derechos humanos en juego, como el derecho humano a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, entre otros.- En el particular, los peticionarios no desean continuar vinculados en un contrato vitalicio con el Centro Procreate siendo su deseo cesar la criopreservación y descartar los embriones criopreservados. En otras palabras, revocan el consentimiento oportunamente brindado a la clínica (arts. 560, 561, 562 del CCCN; art. 7 y ctes. ley 26.862 y dec. reglamentario 956/13) pues no desean tener nuevos hijos. Tal decisión, asimismo, forma parte de la esfera íntima y revela el proyecto de vida común que detenta en la actualidad la pareja C. – A., el cual debe ser respetado en los términos y alcances del artículo 19 de la CN. Andrés Gil Domínguez ha señalado que "la voluntad procreacional configura una manifestación éxtima del deseo filial de las personas por cuanto expone la intimidad más profunda de la constitución subjetiva proyectada en el deseo del amor filial hacia un afuera que se presenta como un otro, cuyas representaciones varían según cómo esa intimidad tan sensible y profunda sea receptada por el exterior una vez que se pone en escena. Cuando una persona decide poner en movimiento su deseo filial mediante la voluntad procreacional, agiliza un proceso en que lo más íntimo de la subjetividad va a alcanzar lo exterior en busca de respuestas". Así como existe un derecho a formar una familia existe un derecho a no formarla. Los peticionarios si bien en un principio han exteriorizado a través del consentimiento informado su voluntad procreacional; es decir, su más íntimo y profundo deseo de formar una familia, con el devenir de los años, ya en la actualidad, resulta a todas luces claro con la presentación de inicio que ya no desean agrandar la familia, desistiendo de aquella voluntad procreacional que enlazara contractualmente a los requirentes con la Clínica P. Deseo que debe ser respetado por formar parte de la esfera íntima de los peticionarios. En este entendimiento, sin más, adelantando mi pronunciamiento, estimo que

corresponde hacer lugar a la autorización pretendida por los interesados, correspondiendo -en función del consentimiento revocado- cesar el contrato que los une con la Clínica P. y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que mantiene la pareja para su descarte. Sin embargo, a mayor abundamiento no puedo dejar de advertir que en el particular, los derechos de la pareja C. – A. se han visto vulnerados por parte del Estado, precisamente, por el poder legislativo al no receptar de manera clara, precisa y contundente la posición que ya ha fijado la Corte IDH; obligando a las personas que se encuentran en una situación similar a la de autos a judicializar una decisión que forma parte de la esfera íntima y del proyecto de vida que cada uno considera mejor para sí. De la autonomía de voluntad receptada en la Constitución Nacional, se desprende la noción de autonomía "moral" y he aquí donde convergen las libertades individuales y las decisiones personales sobre la propia vida -lo que cada individuo sostiene como "moralmente correcto" para su vida-, decisiones que, en la medida que no afecten a terceras personas, la injerencia Estatal resulta inconstitucional (doc. art. 19 CN). La justicia no debe atender cuestiones que forman parte de la esfera íntima de las personas, debido a ello, ponderando que urge brindar una respuesta legislativa sobre este tema, máxime cuando la mayoría de los diferentes proyectos presentados han perdido estado parlamentario (1326-S-2016, del 27/04/2016; 0007-D-2016, 1/03/2016; 0091-D-2017, del 1/03/2017), subsistiendo actualmente el proyecto de ley número 1541-D-2019 que guarda coherencia con el ordenamiento jurídico y la visión constitucional-convencional que debe imperar, estimo que corresponde oficiar al poder legislativo nacional a los fines de poner en conocimiento -al menos- las dificultades que están obligados a atravesar los particulares ante la falta de legislación -en cumplimiento con la disposición transitoria n° 9 de la ley 26.994-, como así también la labor jurisdiccional atípica, pues no existe controversia ni conflicto que resolver. POR ELLO, conforme lo normado por los arts. 34 incs. 3° y 4°, 163 del CPCC; F A L L O: 1°) Hacer lugar a la autorización judicial solicitada, correspondiendo resolver el contrato que une a los peticionarios con la Clínica P. y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que posee la pareja, procediendo a su descarte .- 2°) Oficiar por Secretaría a la Cámara de Diputados de la Nación y a la Cámara de Senadores de la Nación, a los fines de poner en conocimiento de las mismas

acerca de las dificultades -al menos- que están obligados a atravesar los particulares, en situaciones similares, ante la falta de legislación vigente -en cumplimiento con la disposición transitoria contenida en el art. 9° de la ley 26.994-, como así también la labor jurisdiccional atípica frente a la inexistencia de controversia .- 3°) Imponer las costas por su orden (art. 73 del CPCC).-

4°) Regular los honorarios de la Dra. G. D. (T° F° del CALP) en el equivalente a 20 JUS (dejándose aclarado que en la actualidad 1 jus equivale a \$ 1.651), cantidades a las que se les adicionará el aporte de ley (arts. 1, 9, 10, 15, 16, 17, 54 y 57 de la ley 14.967). Firme el presente y cumplido que sea con el art. 21 de la ley 6716 t.o. ley 12.526, se expedirá el oficio respectivo a fin de efectivizar lo aquí ordenado. REGISTRESE. NOTIFIQUESE.- FDO. Mauro Javier Cerdá. Juez. El presente ha sido firmado digitalmente (arts. 288 C.C.C.N, y 3 de la ley 25.506)