

Buenos Aires, 1 de septiembre de 2017.

**AUTOS Y VISTOS Y CONSIDERANDO:**

I. Contra la resolución de fs. 147/167 apela la actora, quien expresa sus agravios a fs. 170/192, los que fueran contestados a fs. 194/200. Al propio tiempo de fundamentar su recurso, la actora planteó también la inconstitucionalidad del artículo 561 CCyC. A fs. 208/211 luce el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara, cuya vista fue contestada por la actora a fs. 213/217 y por el demandado a fs. 218.

Se queja la actora en razón de que la decisión recurrida no otorgara la medida solicitada a fs. 22/30 con el alcance por ella pretendido. Asimismo, entiende y fundamenta que el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación que la Sra. Juez de grado aplicara en sus fundamentos, es inconstitucional.

II. Es de hacer notar que la medida cautelar de marras fue interpuesta el 14 de julio de 2015 (cfr. cargo de fs. 30 vta.), esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077).

Debe así resolverse la cuestión de conformidad a lo previsto en su art. 7, reproducción del anterior del art. 3 del Código Civil, salvo la variabilidad del último párrafo referida a la aplicación de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. Sobre esta cuestión en particular, esta Sala ya ha tenido oportunidad de expedirse en autos "B., W.E. c/ S., H.M. s/ divorcio", el 26/4/2016, con voto de la Dra. Hernández como vocal preopinante.

Dice el art. 7 en cuanto a la eficacia temporal que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes." Como se advierte la primera regla de interpretación que sienta la norma es la aplicación inmediata de la nueva ley a las situaciones y relaciones jurídicas en curso, aunque pueden darse casos de expresa disposición del legislador en cuanto a la aplicación de la ley anterior.

Claro está que en su segundo párrafo el art. 7 establece otro principio de interpretación "las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de

orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.”

Como se ha dicho la cuestión del conflicto de leyes en el tiempo es un tema que ya ha sido abordado y clarificado definitivamente por la buena doctrina nacional y que no ofrece nuevos problemas pues el texto del art. 7 no ha variado la ley anterior (Bas, Francisco Junyent, El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial, LL del 27 de abril de 2015).

Así, a partir del texto introducido en el art. 3 del Código Civil por la ley 17711, se ha interpretado que la ley nueva no es retroactiva, salvo los casos especialmente reconocidos por el legislador y que no afecten derechos constitucionales.

Empero se ha reconocido también el efecto inmediato de la nueva ley, lo que no significa retroactividad pues se entiende su aplicación para el futuro y en cuanto las relaciones jurídicas no se hallen consolidadas.

Esta solución de derecho transitorio se basó en la teoría de Roubier respecto de la noción de situación jurídica y al principio del efecto inmediato de la ley nueva que triunfó en el III Congreso Nacional de Derecho Civil. Así, este autor considera que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de creación o constitución y de extinción, cuando ésta se ha concluido o consumido la nueva ley no puede volver sobre ella. En cambio, cuando la situación jurídica tiene efectos posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley que se proyectan en el tiempo, le es aplicable el principio del efecto inmediato de la nueva ley (Roubier, Paul, Les conflits des lois le temps, Paris, 1929, Borda, Guillermo, Efectos de la ley con relación al tiempo, ED 28-810; Belluscio, Zannoni, Código Civil anotado, t I, Astrea, p. 20; Moisset de Espanés, Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1976).

Citando a Roubier se ha distinguido las situaciones en curso que son alcanzadas por la nueva ley a partir de su entrada en vigencia. En este sentido respecto de las leyes que gobiernan la creación o extinción de las situaciones jurídicas, el principio admitido es que tales leyes toman la situación en curso de constitución o extinción a partir de la entrada en vigencia. En las

situaciones de formación continua o sucesiva, la ley nueva respeta los elementos ya reunidos bajo la ley precedente pero puede modificarlos agregando condiciones nuevas. Respecto de las leyes que gobiernan el contenido y los efectos de las situaciones jurídicas, la opinión dominante introduce una distinción entre las situaciones legales en curso y las situaciones contractuales en curso, las primeras se regularán por la nueva ley para los efectos posteriores a esta ley; mientras las leyes nuevas no actúan respecto de los contratos en curso de ejecución (Roubier, *Le droit transitoire*, Paris 1960, n° 37, p. 173; Lavallo Cobo, Jorge E, com. art. 3 Código Civil comentado dirigido por Belluscio, Augusto C. y coordinado por Zannoni, Eduardo, T 1, p. 17).

Especificaba Borda en su ponencia presentada en III Congreso Nacional de Derecho Civil, siguiendo a Roubier la distinción entre el concepto de retroactividad y el efecto inmediato de la ley (Ponencia citado en ED 36-732). Y agregaba que “la situación jurídica objetiva es permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder, está organizada por la ley de modo igual para todos. Ejemplos característicos son el derecho de propiedad y, en general, todos los derechos reales; la situación de padre, hijo, esposo, etc. (Borda, Guillermo, *Efectos de la ley con relación al tiempo*, ED 28-810).

De la misma forma lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia aplicando las leyes nuevas a los efectos en curso de la relación nacida bajo el imperio de la ley antigua (Fallos 327:1139; 306:1160; 318:2438; 325:28, 331:2628; ED 67-412 y ED 72-597 citados por Bas, Francisco Junyent Bas, en *El derecho transitorio*. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial, LL del 27 de abril de 2015; CS agosto 6-2015, D.I.P., V.G. y otros c. R. de E. C. y C. de las P. amparo, AR/JUR/2583/2015 y Suplemento LL Constitucional setiembre 2015).

De modo tal que la decisión que aquí se tome respecto de la medida solicitada en estas actuaciones debe ser considerada a la luz del Código y legislación vigente al tiempo de concretarse los negocios jurídicos conformados entre las partes y la empresa médica en relación al tratamiento y conservación de embriones, sin perjuicio de aplicar desde el 1 de agosto de 2015, de conformidad con el art. 7 del Código Civil y Comercial, con efecto

inmediato la nueva ley a situaciones no consolidadas, siempre que no se afecten derechos constitucionales.

III. La actora, recién al momento de expresar sus agravios, plantea la inconstitucionalidad del artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. punto VIII del escrito de agravios).

Como bien señala el Sr. Fiscal de Cámara en su dictamen, el artículo 277 del Código Procesal impide al Tribunal fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, encontrando ello su fundamento, no sólo en el principio de congruencia que rige la materia, sino también en la circunstancia que, de no ser así, a la demanda de nueva propuesta de apelación, le faltaría un primer grado de jurisdicción.

Ello así, habida cuenta que la Alzada constituye un área de revisión que, por tal razón, carece de poderes para decidir sobre temas no sometidos al juez inferior, pues su función prístina no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior (conf. Highton- Aréan, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T° 5, pág. 344/345; Fenochietto, Carlos Eduardo, "Código Procesal...", T° 2, pág. 18).

Los fundamentos de la doble instancia en definitiva residen en la necesidad que la decisión del juez de primer grado tenga una fiscalización o control de legalidad por parte de un tribunal superior. Bien se ha apuntado que existe el convencimiento íntimo (también de índole sociológica) que el doble contralor implica una doble garantía para el justiciable (Highton-Areán, op. cit., T° 4, pág. 771).

De tal manera, al no haber sido planteadas en la instancia de grado las cuestiones que introduce la apelante en el memorial (cfr. fs. 180 vta. punto VIII), habiendo tenido la oportunidad para así hacerlo antes de expresar los agravios y, por ende, no existir pronunciamiento al respecto, nada cabe decidir en esta instancia.

IV. La pretensión se circunscribe al pedido que formula la Sra. R. V. D. P. para que se proceda a la implantación en su seno de tres embriones crioconservados en el centro de Salud Procreate, formados con material genético de la requirente y su cónyuge, el Sr. A. E. F., a la postre el demandado en estos autos.

Por su parte, el accionado expresó en su libelo de contestación que no presta su conformidad para la implantación de esos embriones. Relata los lamentables sucesos por los que atravesara la pareja ante el fallecimiento de dos niñas concebidas por técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), y manifiesta que tal situación los afectó a tal extremo que resultó imposible continuar la relación, la que finalizó a fines del año 2014. Refirió que el tratamiento fue iniciado en un momento de la vida en que ambos compartían el deseo de formar una familia y que el consentimiento fue prestado por un plazo de doce (12) meses, pudiendo ser renovado por mutuo acuerdo; además dice que se les informó que cada implantación requería de un nuevo consentimiento de ambas partes.

La Sra. Juez de grado desestimó el pedido de autorización formulado a fs. 22/30, con costas por su orden.

Entre sus agravios, la actora invoca el derecho de los embriones a ser implantados, fundamentándose para ello en la calidad de persona humana que predica a su respecto (agravios 1°, 2°, 4°, 7° y punto XI de fs. 170/192); entiende que el demandado ya es padre (agravio 3°), que la revocación del consentimiento no es viable (agravio 5°), debiendo valorarse la mala fe del demandado (agravio 6°).

Pues bien, a fs. 13 luce el instrumento "Consentimiento de la pareja para realizar la criopreservación de embriones", reconocido por las partes, suscripto el 15 de julio de 2014 en el que, luego de haber sido informados acerca de la congelación y almacenamiento de embriones por el Dr. Quintana del centro "Procrearte", autorizaron a esta entidad a proceder al congelamiento y criopreservación de los embriones producidos por la pareja en un procedimiento de Reproducción Asistida. Expresaron que el propósito de ese congelamiento y conservación era su futura transferencia uterina.

Sobre el particular, agregaron que el plazo de vigencia del contrato era de 12 meses a partir de la fecha de congelamiento, pudiendo ser renovado de mutuo acuerdo.

Sostuvieron en ese convenio que "en caso de no desear la transferencia en nuestra pareja, nosotros (la pareja en forma conjunta) determinaremos la futura disposición de nuestros embriones, procediendo a dar instrucciones por escrito sobre su destino".

La pareja en forma conjunta, también, autorizó a “Procreate” a que sus embriones sean donados a una pareja estéril, en los siguientes casos: “1) fallecimiento de ambos; 2) cuando transcurra el período pactado de 12 meses y no demos instrucciones a Procreate acerca de su destino; 3) si dejásemos de abonar el costo del almacenamiento por 12 meses”.

No se trata aquí –como propone la actora en su memorial- de dejar al desamparo los embriones crioconservados, en tanto las partes han decidido de antemano su destino, entre otros, para cuando se configure el supuesto de marras (apartado 2 citado “supra”). De modo tal que no se está juzgando aquí sobre el destino de los embriones crioconservados, sino más bien, sobre el derecho de uno de los miembros de la pareja aportante de gametos a revocar el consentimiento otorgado o, como en el caso, a no concederlo. En otros términos, la cuestión relativa a lo establecido por el artículo 19 del CCCN excede al marco cognositivo de esta litis, en tanto no se ha solicitado el cese de la crioconservación, ni vedado la posibilidad a que se le brinde otros destinos, entre los que se cuentan v.gr. la donación a otras parejas.

Con ello quedan desestimados los agravios que se refieren a este aspecto en particular.

El artículo 7 de la ley 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de reproducción médicamente asistida” expresa que “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. Nótese que esta norma se encontraba vigente ya al momento de concretarse el procedimiento, prestándose el consentimiento según las constancias “supra” referidas. La actora no formuló planteo alguno a su respecto, por lo que se considera aplicable al “sub examen”.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula en el capítulos 2 del Título dedicado a la “Filiación” (artículos 560 a 562) las Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” y, en lo

que aquí interesa, el artículo 560 establece que “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

A su turno, el siguiente artículo 561 dispone que... “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

En tal derrotero, también corresponde expresar que la presunción de filiación matrimonial que prevé el artículo 566, no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo prevenido en el Capítulo 2 de este Título, esto es, los ya referidos artículos 560 a 562 del mismo cuerpo legal.

En el Código Civil y Comercial se ha decidido que la determinación de la filiación por técnicas de reproducción asistida interactúa con las filiaciones por naturaleza matrimoniales y extramatrimoniales, haciendo converger presunciones y los modos de determinación de la filiación con las fuentes jurídicas de emplazamiento.

De allí que se ha sostenido que el consentimiento al que se refiere el Código fondal, al que también se remite la ley 26.862, es el que regula la ley 26.529 de derechos del paciente (arts. 5 y sgtes.).

La ley prevé, en principio, dos consentimientos; es decir, un consentimiento de carácter progresivo, a saber: uno al momento del inicio del proceso reproductivo, y el segundo antes de la utilización de los gametos.

Es cierto que, además, la ley dispone de otro tercer momento en el que se expresa la voluntad y, a pesar de que desde el primer instante en que los progenitores de deseo consienten la práctica tienen el único fin de iniciar un proceso procreativo que desembocará en un hijo, éstos pueden retractar o revocar ese consentimiento hasta el momento de la implantación del embrión.

De modo tal que es la voluntad procreacional la que nos lleva a considerar el consentimiento de las partes en la utilización de estas técnicas.

Así, el consentimiento expreso de los usuarios es un elemento integrador de la filiación que se origina a través de la procreación médicamente

asistida; por ende es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendente a este tipo de procreación (Mantovani, Ferrando, "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados". *Revista de derecho y genoma humano*. Edición española; Num. 1 juliodiciembre, 1994. Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1994 p. 108). En efecto, el consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos; el primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra persona, como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, como consecuencia de haber utilizado una técnica de procreación asistida. En este último caso, es crucial toda vez que su otorgamiento conduce a la determinación tanto de la maternidad como de la paternidad y no debe confundirse con una transacción respecto del estado de los hijos y los derechos y obligaciones derivadas de él. Es un consentimiento previo a la concreción de ese vínculo filial; es la expresión de la voluntad que de manera libre asume las consecuencias de un determinado acto (sobre el particular, puede consultarse Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Procreación asistida", en "Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Derecho y Jurisprudencia", Buenos Aires, Abeledo Perrot 2009, pág. 95 y sgtes.).

En el vigente Código Civil y Comercial de la Nación, la ley impone a las partes una reflexión antes de la utilización de los gametos, y materializa esa cavilación al forzar un nuevo consentimiento. El hecho de engendrar requiere una voluntad reforzada. Sin embargo, los padres podrían desentenderse (retractarse) del proceso procreativo que han desencadenado sin implicancias jurídicas, aun cuando de ello derivara la existencia de un embrión vivo en proceso de desarrollo extrauterino (cfr. Basset, Úrsula C., "El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial", en Diario La Ley del 14 de Julio de 2015; también en SAIJ: DACF160480).

La cuestión que aquí se discute es, pues, la facultad o no de retractación que fluye de las mentadas normas vigentes, cuyos consumo jurídico se lleva a cabo durante la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Se trata en el "sub examen" de un procedimiento con una

aportación de gametos “homóloga”, esto es: la concepción se realiza en una forma asexuada utilizando los gametos de los esposos o compañeros, los lazos biológicos como legales permanecen idénticos; es decir que en tal supuesto no existe disociación del rol de progenitor y padre formal, pues dichas funciones las reúne una misma persona.

De modo tal que no puede desconocerse que, según la legislación vigente tanto al tiempo de llevarse a cabo las prácticas médicas y firmar el instrumento de fs. 13, como al momento de dictarse este pronunciamiento, se ha regulado un consentimiento progresivo que incluye la facultad de retractación de cualquiera de los aportantes de material genético que se extiende hasta el momento de la implantación del embrión. No se discute aquí el comienzo de la vida humana, como tal, que jurídicamente está reconocido en el artículo 19 CCCN, sino más bien, el derecho de revocar aquél consentimiento otorgado por un plazo y luego no extendido en el tiempo.

No se configura, repetimos, afección a los derechos de los embriones crioconservados, puesto que las partes han establecido un noble y loable destino (donación a pareja estéril).

Por otra parte, la aseveración que formula el recurrente al citar el antecedente fallado por la Sala J de esta Excma. Cámara Nacional de Apelaciones “in re” “P., A. c/ S., A., s/ medidas precautorias” del 13/9/2011, no resulta aplicable al “sub examen” en tanto, por una parte, no se encontraba vigente siquiera la ley 26.862 (B.O. 26/6/2013), ni tampoco el Código Civil y Comercial de la Nación que, como se viera, permite la revocación de la voluntad hasta la implantación del embrión en el seno materno, extremo que se verifica en la especie.

Finalmente, no desconocemos la postura que se expresara en la obra que dirigieran dos vocales de esta Sala, al comentarse el artículo 561 CCCN, mas no la compartimos en tanto, según nuestro parecer, la revocación allí prevista no involucra afección a los derechos de los involucrados (esa postura se expresa en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial”, Ameal, Oscar J., Director, Hernández, Lidia B. y Ugarte, Luis, Codirectores, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2016, art. 561 comentado por Ignacio, Graciela Cristina, pág. 548 y sgtes.), máxime cuando la ley no hace distinción en éste aspecto con la procreación heteróloga.

En definitiva, valorando así las circunstancias de hecho reseñadas y el juego armónico de las normas implicadas, el Tribunal estima que en el caso no se encuentran acreditados los presupuestos mínimos para acceder a una medida cautelar del tenor de la solicitada, debiendo desestimarse los agravios sustentados por la actora, confirmándose el temperamento adoptado por la Sra. Juez de grado.

V. Las costas de alzada serán impuestas en el orden causado, a tenor de las particularidades sobre las cuestiones propuestas que justifican en la especie el apartamiento del principio general que gobierna la materia (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

Por ello, el Tribunal RESUELVE: Confirmar con el alcance indicado en los considerandos la resolución de fs. 147/167, con costas de alzada en el orden causado (arg. arts. 68 primer párrafo y 69 del ritual).

Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1 de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013, y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN; a tal fin, notifíquese por Secretaría. Cumplido, devuélvase a la instancia de grado.

Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. LIDIA B. HERNANDEZ – OSCAR J. AMEAL – OSVALDO ONOFRE ALVAREZ. Es copia. ALEJANDRO JAVIER SANTAMARIA (Secretario).