

MENDOZA, 30 de julio de 2018.

Y VISTOS: Los presentes autos arriba intitulados, en estado de resolver de los que;

RESULTA:

A fs. 17/20, obra demanda de divorcio de los Sres. C. S. y M. F. B., por petición conjunta. Solicitan que al dictar sentencia se homologue el convenio regulador de los efectos derivados del divorcio por ellos acompañado con la demanda y complementado a fs. 43.

Que a fs. 8/9 obra acta de matrimonio de los accionantes y a fs. 6 y 7 se agregan partidas de nacimiento de sus hijos menores T. y E. S.

A fs. 10/15 y 35/38 se acompaña copia del contrato de criopreservación de embriones celebrados por los peticionantes y la clínica CEGYR

A fs. 29 emite su dictamen el Ministerio Público Pupilar, haciendo lo propio el Ministerio Público Fiscal a fs. 31.

A fs. 43 se pronuncian expresamente acordando como destino de los embriones criopreservados su descarte. Piden autorización judicial para ello. Al respecto dictamina el Ministerio Fiscal a fs. 51 y luego la Dra. Eleonora Lamm, Subdirectora de Derechos Humanos de la SCJM a fs. 53/57.

CONSIDERANDO:

Que a fs. 8/9, se acredita el vínculo matrimonial de los presentantes y consecuentemente la legitimación para accionar por divorcio.

Que el art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. Para que la petición sea viable la legislación de fondo exige la presentación de una propuesta o un convenio regulador en el que los cónyuges expliciten como deberían resolverse los diversos efectos que se derivan del divorcio, ya sean los relativos a la relación entre los adultos, como así también en lo que respecta a los hijos si es lo que corresponde.

En el caso que nos ocupa existe acuerdo entre los presentantes respecto de tales efectos, lo que se refleja del convenio regulador de fs. 17/20 y 43 .

No me caben dudas que, por aplicación del principio de libertad y autonomía de la voluntad, son los propios protagonistas -los ex cónyuges- las personas más adecuadas para regular y cumplir los efectos que se derivan de su

divorcio. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina reconoce que son los cónyuges quienes están en mejores condiciones para establecer las pautas y el modo en que, en adelante, vivirán como ex cónyuges.

Ante este panorama, coincido con Marisa Herrera en cuanto a que *el rol de los jueces en este tipo de procesos consiste en controlar o verificar que los convenios reguladores no perjudiquen, principalmente, los intereses de los integrantes del grupo familiar*, como así también verificar el respeto por los principios generales de buena fe, abuso del derecho y orden público. (Lorenzetti, Ricardo Luis y otros “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, pág.742).

Que analizadas las bases sobre las cuales se ha redactado el convenio, el Suscripto no advierte que se vulneren los intereses del grupo familiar, por lo que corresponde homologar el convenio regulador acompañado por los presentantes, habiendo dictaminado en igual sentido los Ministerios Públicos y la Subdirección de Derechos Humanos de la SCJM.

Pero antes de todo ello, un análisis y consideración especial, merece el pedido de autorización judicial para proceder al descarte de embriones criopreservados.

Y es que a fs. 19 vta. acápite VI, y en el contexto del convenio regulador de los efectos del divorcio (art. 438 y 439, CCyC), luego ratificado y especificado a fs. 43, entre otras cuestiones, los cónyuges explican las razones o motivos que los llevan a pedir autorización judicial para el descarte de material genético o embriones criopreservados.

Resulta que oportunamente firmaron con la clínica CECYR un convenio por cual se realiza práctica de extracción de material genético de la pareja, y al mismo tiempo se pactó el almacenamiento del mismo, cf. cláusula tercera del convenio, que a fs. 10/15 se acompañó copia del mismo. Sin perjuicio de la conclusión a la que arribo, entiendo que no corresponde otorgar autorización judicial, sino homologar lo pedido. La novedad del tema hace necesario formular algunas aclaraciones respecto del objeto del convenio traído a resolución, proponiendo algunas consideraciones acerca del status jurídico del embrión crioconsevado, para luego tomar posición sobre el destino de aquellos sobrantes.

El Código Civil velezano no contempló las técnicas de reproducción humana asistida, tampoco habló de embriones, pero el nuevo CCyC sí. Sin embargo, aún después de la sanción del mismo, el vacío legal subsiste.

Es necesario analizar el alcance del art 19 CCyC: *“Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. Por otra parte, la disposición transitoria segunda del CCyC establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado.”*

Advierto que el CCyC, mantiene como comienzo de la existencia de la persona humana la concepción, tal como lo previó Vélez Sarsfield. De este

modo, el concebido es considerado persona humana a los efectos del CCyC, en los mismos términos y con la misma extensión, limitación y condición - nacimiento con vida- que en el código derogado.

Pero la incorporación en el CCyC de las TRHA obliga a preguntarse cuál es el significado del término “concepción” dentro de este marco normativo. El interrogante no está respondido de manera expresa en nuestro Código, pero su respuesta engarza con la visión constitucional-convencional que se deriva de diferentes aciertos legislativos y jurisprudenciales.

El punto de partida indubitable para la determinación del estatus jurídico del embrión crioconservado se ubica en el caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, resuelto por la Corte IDH (Corte IDH Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012). El mismo surge como consecuencia de la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 94029-S de 1995 en Costa Rica, que autorizaba las prácticas de fecundación in vitro para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En el año 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica lo anuló por considerarlo inconstitucional. Para arribar a tal declaración, analizó el comienzo de la vida humana desde dos posiciones contrapuestas: (i) los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Antes de la fijación pre-embriónica éste se compone de células no diferenciadas. Esta diferenciación celular sucede después que se ha fijado sobre la pared uterina, (ii) todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Cuando el espermatozoide fecunda al ovulo, esa entidad se convierte en un cigoto y por ende, en un embrión. A partir de este momento todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. (Fecundación In Vitro - www.unesco.org/uy/shs/red/shs/fecundación-in-vitro-corte-interamericana.docx).

Por su parte, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el “embrión” es el producto de la división del huevo o cigoto hasta el fin del estadio embrionario. Esta definición no incluye partenotes –generados a través de partenogénesis- ni productos de la transferencia de núcleos de células somáticas. (Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud -OMS-).

En las TRHA, la particularidad se presenta en que el embrión, tal como lo define la OMS, nace extracorpóreamente a diferencia de la concepción a través de una relación sexual. En lo técnico el procedimiento implica unir los gametos y permitir que se produzca la fecundación y transferir el embrión resultante al útero materno. Luego se espera que el embrión transferido logre anidarse en el endometrio materno y continuar su desarrollo. Es allí que se engarza con la consideración de la CIDH en el caso ut supra citado, al entender que los embriones son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Antes de la fijación pre-

embrionaria éste se compone de células no diferenciadas. Esta diferenciación celular sucede después que se ha fijado sobre la pared uterina.

Aclarado ello, entiendo que ahora corresponde considerar aspectos constitucionales-convencionales del caso.

Conforme lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del CCyC en cuanto regulan el diálogo de fuentes y la constitucionalización del derecho privado, en razón del cual los casos deben ser resueltos conforme las leyes aplicables, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, debiendo interpretarse las leyes conforme sus palabras, finalidad y las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, implican su expresa inclusión en el texto del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, reafirmando esto, a través del art. 706, aun cuando fuera especialmente en los procesos de familia, tornando ineludible su aplicación para todos los operadores judiciales.

En la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, con el nuevo CCyC se recepta y profundiza esta regla de adecuación constitucional/convencional y, en consecuencia, se constituye como un cuerpo jurídico diseñado y testado bajo la lupa de los derechos humanos.

Con claridad lo expresa el art. 1, apartado II, del nuevo CPCyCT de la provincia al decir: art. 1, ap. II -CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. Cuando una norma jurídica o acto de autoridad pública resulten en el caso manifiestamente contrarios a las normas superiores en la jerarquía mencionada, los Jueces podrán, previo dar oportunidad a las partes de ser oídas e intervención del Ministerio Público Fiscal, declarar de oficio o a pedido de parte su inconstitucionalidad o su inconvencionalidad. Esta facultad deberá ejercerse con suma prudencia en la interpretación que realicen y en caso de duda se estará por la constitucionalidad o convencionalidad de la norma o acto. Les está vedado a los Jueces realizar tales declaraciones en abstracto.

La consecuencia central que se deriva de la vigencia de este paradigma humanitario es el examen permanente de las leyes internas a la luz de las normas convencionales/constitucionales involucradas. Así, el llamado control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas reglamentarias verifica su correspondencia o compatibilidad tanto con los tratados internacionales de derechos humanos como con las decisiones emanadas de los órganos regionales autorizados para su interpretación.

Desde una visión constitucional-convencional, se sostiene entonces, que el comienzo de la vida de la persona se produce desde la implantación del embrión en el útero y su anidación en el mismo. A partir de esta premisa, coincido con quienes postulan que los embriones sobrantes de la FIV pueden tener distintos destinos: (i) la utilización por los titulares para posteriores tratamientos, (ii) la conservación por 10 años, a cargo de la persona que recurre a la utilización de la FIV, (iii) cese de su crioconservación, con el consiguiente descarte, (iv) la donación con fines de investigación, (v) la donación con fines reproductivos.

Hubo en el Congreso de la Nación un proyecto de ley -que si bien consiguió media sanción por la Cámara de Diputados- perdió estado legislativo.

Ese proyecto estaba alineado con la matriz ampliadora de derechos instaurados y desarrollados durante los últimos años por varias leyes como, matrimonio igualitario, igualdad de género y la propia ley de acceso a las THRA, se proponía resolver este vacío legal, regulando el destino de los embriones crioconservados.

En su articulado, distinguía entre: entre embriones no viables y embriones viables. Sobre la base de esta distinción, plantea diferentes destinos posibles. Respecto de los primeros dispone la donación con fines de investigación y el cese de su crioconservación; para los segundos contempla, además de estas dos posibilidades, la utilización posterior por los titulares para futuros tratamientos o la donación con fines reproductivos.

Si se decide la conservación para uso posterior de los titulares, la ley establece un plazo máximo de 10 años. En caso de silencio y vencido el plazo de criopreservación, el centro de salud debe realizar todos los actos útiles para contactar a los titulares. Si persiste el silencio, se destinan a la investigación, debiendo el centro de salud notificar al Organismo especializado para que indique el lugar al cual deben remitirse.

Lamentablemente el proyecto no ha sido sancionado y perdió estado parlamentario. La única normativa existente hasta el momento, además de la ley 26.862 y el CCyC, es la Resolución del Ministerio de Salud N° 616-E/2017, que reglamenta los distintos consentimientos informados que las clínicas deben formular a las personas que recurren a las mismas, dependiendo del tipo de TRHA a utilizar. Si bien a través de éstos, se ha obligado a los centros de salud para que informen en qué consiste el tratamiento, el procedimiento y los riesgos, queda pendiente la unificación de criterios para determinar el destino de los embriones que nacen producto de la fecundación in vitro. Esto genera un grave inconveniente, pues las clínicas ven como única salida, la estipulación unilateral del destino que darán a los embriones crioconservados, quedando la persona que accede a estas clínicas obligada a aceptar lo dispuesto en los mismos.

Entonces, dado que entiendo que los embriones son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida; que antes de la fijación pre-embrionaria éste se compone de células no diferenciadas; que esta diferenciación celular sucede después que se ha fijado sobre la pared uterina y con anidación en el mismo; considero que es procedente proceder al cese de su crioconservación, con el consiguiente descarte.

Ello, está en coincidencia con que los peticionantes son personas mayores de edad, capaces, en uso de su plena autonomía personal y de decisión, libertad reproductiva, conforme al principio de legalidad (art. 19, C.N.), compartiendo en un todo el meduloso dictamen de la Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia en la persona de su

titular, la Dra. Eleonora Lamm, el cual en honor a la brevedad, doy aquí enteramente por reproducido; es que si bien no corresponde otorgar autorización judicial, sí resulta necesario convalidar judicialmente la voluntad coincidente de los Sres. Battagion y Stoddart formulada a fs. 19 vta y 43, disponiendo la homologación de ese acuerdo en cuanto al descarte de sus embriones criopreservados en la clínica CEGYR.

Por lo expuesto, constancias de autos, doctrina reseñada y normativa vigente: arts. 435, 437, 438, 480 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y art. 52 y cc. Ley 6.354.

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la demanda de divorcio y en consecuencia declarar a los esposos C. S. y M. F. B., divorciados.

II.- Declarar la extinción de la comunidad de bienes, a partir del día 23 de junio de 2017 (cf. art. 480, primer párrafo, CCyC).

III.- Homologar el convenio regulador de los efectos del divorcio celebrado entre las partes, a fs. 17/20 respecto de:

A) Cuidado personal de los hijos, en la modalidad compartido indistinto

B) Plan de parentalidad y régimen de comunicación

C) Alimentos para los hijos

D) Renuncia recíproca a reclamar compensación económica

IV. HOMOLOGAR el convenio, de lo celebrado entre las partes a fs. 19 vta. acápite VI y fs. 43 respecto del *Descarte de los embriones criopreservados o material genético de los peticionantes, almacenados en la clínica CECYR, con los alcances y efectos del art. 84 del CPCCyT.*

V.- Imponer las costas por partes iguales (art. 36 del CPCCyT).

VI.- Regular los honorarios de la Dra. M. C. F. en la suma de pesos veintiséis mil (\$26.000) por la petición de divorcio, la suma de pesos dieciocho mil quinientos (\$18.500) por los acuerdos de cuidado personal y plan de parentalidad, la suma de pesos trece mil quinientos (\$13.500) por la homologación del destino de los embriones criopreservados; en todos los casos por la labor desarrollada en las presentes actuaciones y de conformidad con lo dispuesto por el art. 10 ley 3641.

Regular la suma de pesos nueve mil trescientos sesenta (\$9.360) por el acuerdo alimentario, según art. 9 inc. f, art. 29 inc. c- , Ley 3641.

VII.- Firme la presente, oficiese al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de que se tome nota marginal

**en el acta N° 37, Libro-Registro N° 9254, Año 2011, inscripto en la
Oficina Guevara de Lemos, Mendoza.**

CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. OFÍCIESE.

Dr. Carlos Emilio NEIROTTI
JUEZ DE FAMILIA