R., V. E. y R., C. A. S / \*Autorización judicial (000838/2020)

Puerto Madryn, noviembre 18 de 2020.

**VISTOS**:

Los autos caratulados “R., V. E. y R., C. A. s/ \*Autorización judicial” (000838/2020), y el llamado de autos de fs. 33 para dictar sentencia;

**RESULTA:**

Que a fs. 21/25 se presentan los Sres. V. E. R. y C. A. R., por derecho propio, con el patrocinio letrado de R. A. S. y L. G., solicitado se autorice la interrupción/cese de la criopreservación de embriones, como así también el cese del pago de las erogaciones económicas que conlleva el mantenimiento de los embriones criopreservados con fecha retroactiva al mes de agosto del año en curso, los que se encuentran almacenadas en el Centro Médico V., y con costas del proceso a cargo de dicha institución. Acompañan documentales. Señalan conexidad.

Que refieren que de manera simultánea a la realización de un tratamiento de fertilización asistida, decidieron criopreservar los embriones que no se implantarían para poder contar con ellos a futuro.

Que señalan que en el mes de marzo del año 2015 firmaron un consentimiento informado para la fecundación in vitro y transferencia embrionaria.

Que precisan que con posterioridad a la transferencia cesionaria realizada en el mes de octubre del año 2017, en fecha 08.Nov.2017 suscribieron con V. M. R., un convenio para la criopreservación y almacenamiento de un embrión.

Que indican que, en dicho convenio, en dos oportunidades se permitió optar por el destino del embrión criopreservado, y ellos decidieron por el cese de la criopreservación.

Que sostienen que luego de obtenidos dos embriones mediante la técnica de reproducción asistida de alta complejidad, se hizo una primera transferencia, logrando el embarazo y nacimiento de S. el 20.Jul.2018, y el otro embrión fue el que decidieron criopreservar para ser utilizado en caso de fracaso de la primera transferencia.

Que señalan que, con el nacimiento de S., y sus edades 49 y 52 años, empezaron a analizar si querían encarar un nuevo embarazo, y habiéndolo pensado casi por un año, decidieron que no querían tener más hijos, ya que con S. y con su hermana- hija de una relación anterior del Sr. R., quien los visita durante las vacaciones-, tienen la familia que querían.

Que concluyen que por ello, no deseaban encarar el proyecto de un segundo hijo, que tampoco querían dar el embrión criopreservado para los fines reproductivos, ni donarlos con fines de investigación, y que esa decisión la mantuvieron luego de dos años de la firma del convenio.

Que indican que le remitieron a V. en fecha 21.Jul.2020 la Carta Documento 078391785, la que fue recibida en fecha 22.Jul.2020, y respondida mediante la CD 07603697 en fecha 30.Jul.2020.

Que señalan que el convenio del consentimiento informado no brindaba la información completa, ya que si bien daba la posibilidad en dos ocasiones el cese de la criopreservación de embriones, tomaron conocimiento después, de que solo ello sería posible con autorización judicial previa.

Que concluyen en que la falta de información suministrada por V., es lo que los ha obligado al inicio de la acción, por lo que reclaman la imposición de las costas de este proceso a V..

Que citan normativa nacional del CCyCN -art. 19 y 9-, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para justificar la autorización judicial en los términos planteados para el cese de la criopreservación del embrión.

Que a fs. 29 se ordena correr traslado a V. M. R., a pesar de que se trata de un proceso voluntario, ya que los accionantes han introducido cuestiones que debían ser bilateralizadas para no violentar el ejercicio del derecho de defensa.

Que a fs. 30/31 obra la cédula de notificación Nº 66832, habiéndose notificado el Centro V. en fecha 30.Oct.2020.

Que a fs. 32 los accionantes solicitan se dicte resolución.

Que a fs. 33 se llaman autos para SENTENCIA.

CONSIDERANDO:

Del análisis de las constancias de autos, de las pruebas aportadas, de los hechos alegados y no desconocidos ante la falta de presentación en autos por parte del Centro “V. M. R.” se tiene por acreditado, **1º)** Que la Sra. R. obtuvo sentencia favorable en fecha nov.2014 según el Expte. Nº 519/2014 de trámite por ante este Juzgado, “R. V. E. c/ Obras Social SEROS -Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Acción de Amparo”, revocada parcialmente por la Cámara de Apelaciones excluyendo de la condena a la tercera citada Obra Social de Portuarios Argentinos OSPA, y así quedó condenada solamente la demandada, a abonar la cobertura del 100% del tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV) así como la medicación, honorarios médicos, y cualquier otro gasto que se requiera para el mismo, teniendo que comprender la cobertura hasta tres (3) tratamientos de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad con intervalos de (3 meses) entre cada uno de ellos, salvo prescripción médica en contrario; **2º)** Que los Sres. R. y R. se sometieron al tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV) habiendo firmado en el mes de marzo de 2015 un consentimiento informado para ello y para la transferencia embrionaria con la Dra. P.; **3°)** Que en el mes de octubre de 2017seproduce la trasferencia de un embrión en el Centro V. M. R., **4°)** Que en fecha 08.Nov.2017 se suscribió un convenio con V. M. R. para la criopreservación y almacenamiento de un embrión; **5°)** Que luego de obtenido los dos embriones, se hizo la primera trasferencia, lográndose el embarazo y el nacimiento de S. en fecha 20.Jul.2018, y el otro embrión fue criopreservado; **6°)** Que en fecha julio 2020 los Sres. R. y R., tomaron la decisión de C. la criopreservación, no queriendo dar el embrión para fines reproductivos, ni donarlos con fines de investigación, y remitieron una carta documento a V. con fecha 21.Jul.2020, la que fue recibida en fecha 22.Jul.2020; **7º)** Que en fecha 30.Jul.2020 V. responde la misiva indicándoles que ante el vacío legal existente en nuestro país, el cese de la criopreservación solo resulta admisible a través de una orden judicial.

Es así que el centro del debate se circunscribe a si corresponde una orden judicial para el cese de la criopreservación de un embrión y su descarte.

Recordemos que los Sres. R. y R. se sometieron al tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV) en el mes de marzo de 2015, bajo las normativas del Código Civil y Comercial de Vélez Sarsfield. En elmes de octubre de 2017seproduce la trasferencia de un embrión, y en el mes de noviembre de ese mismo año se suscribió un convenio para la criopreservación y almacenamiento de un embrión, en ambos casos, estaba ya en vigencia, desde el 01.08.2015, el nuevo CCyCN, sancionado por Ley 26.994.

En consecuencia, la transferencia de un embrión y el inicio de la criopreservación del otro, se encontraban temporalmente bajo la órbita de la nueva normativa, que reconoce como una fuente de la filiación, la proveniente de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Vale explayarme y es oportuno aclarar que mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) desde largo tiempo, cantidades de parejas casados o no casadas, heterosexuales u homosexuales o personas solas, han podido cumplir con el anhelo de tener hijos/as, de ser padres o madres y de formar su familia. Y ante el nacimiento de niños/as por el uso de dichas técnicas, una realidad que no podía desconocerse, ni quedar vacía de legislación, se había advertido que el vínculo filiatorio que emergía con los niños/as nacidos bajo esas técnicas merecía estar regulado legalmente. De allí la procedencia en cuanto a la innovación de la reglamentación al respecto en el CCyCN.

Es así que el art. 558 del CCyCN define las especies de filiación, clasificándolas por naturaleza, por adopción, y agregando a las que tiene origen en las técnicas de reproducción asistida, reconociendo que todas esas filiaciones- en el caso de la adopción solo la plena-, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones del CCyCN, y con el límite de que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Es de importancia considerar que en el caso de la filiación por TRHA, lo relevante para determinar la filiación, es la voluntad procreacional que tienen quienes utilizan estas técnicas, ya que en algunos casos queda disociada la realidad biológica y el vínculo jurídico que se pretende, por lo que es la voluntad procreacional la verdadera razón por la que se establece el vínculo de filiación. Esa voluntad procreacional está configurada por el hecho de querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, psicofísica y social, es el deseo de tener un hijo basado en el amor filial.

El art. 562 del CCyCN, puntualmente la prevé al decir; “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien o quienes haya aportado los gametos”.

La doctrina además expuso; “…La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres o de un tercero ajeno a ello. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quien o quienes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. En otras palabras el vínculo filial se establecerá respecto del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, el que además debe ser debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas…Entonces la voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante un consentimiento previo, informado, libre y formal, tal como lo expresa el artículo 560. Todas las personas que pretenden ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa. Este consentimiento es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA…” (Tratado de Derecho de Familia Tomo II Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, Nora LLOVERAS, Rubinzal Culzoni Editores, Edición 2014 pág.508/509).

Ahora bien, saldada la deuda con las personas nacidas por TRHA, en cuanto al estado filial, nada ha quedado reglado expresamente respecto a los embriones no implantados.

Según datos de la Sociedad Argentina de M. R. (Samer), del mes de febrero del año en curso, en el país hay alrededor de 52.000 embriones criopreservados, de los cuales el 42% tienen más de 10 años en ese estado.

En la actualidad existe además del CCyCN, que como ya lo sostuve, define la filiación de los bebes nacidos por TRHA, una Ley Nacional la N° 26.862 -junio 2013- “Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida-, el Decreto Reglamentario N° 956/2013 -julio 2013- que, en estos casos, abordan las formas y requisitos para el uso de la técnica,

El principal objetivo de la Ley 26.862, es garantizar el Derecho Humano a la posibilidad de acceder a los procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho, por lo tanto, precisa que los prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos públicos, de la Seguridad Social y privado, deben proveer las prestaciones. En dicha ley prevalecen los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de rango constitucional, los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad, a formar una familia, y el derecho a la salud. La previsión para la posibilidad de acceder al procedimiento de la TRHA se funda además en lo derechos la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (Constitución Nacional y los Derechos Internacionales de los derechos Humanos).

A pesar de ello, de la variedad de los derechos señalados, sigue la ausencia expresa, sobre de cómo se procede ante la existencia de embriones criocongelados, sobre los cuales los titulares del material genético no quieren su implante, pues no tienen voluntad procreacional.

El origen de la fecundación in vitro (FIV) se remonta al año 1978, cuando nació en Inglaterra la primera niña, y en la Argentina nace por primera vez un niño mediante esta técnica en el año 1986.

El procedimiento de criopreservación surge posteriormente a las Técnicas de Reproducción Humanas Asistida, como alternativa para eV.r generar múltiples embarazos -los embriones obtenidos debían ser todos implantados en un primer intento-, o se debía acudir al descarte directo de los embriones supernumerarios, y ello fue hasta el año 1983 cuando se dio origen a este procedimiento.

Y además este procedimiento permite maximizar las probabilidades de embarazos por cada extracción de óvulos al reservar los embriones sobrantes para ser utilizados en un siguiente ciclo sin requerir de una nueva estimulación ovárica. Es un procedimiento que no está prohibido en la Legislación Argentina, y que de hecho se realiza de manera habitual. Y es viable poder interpretar que el Código Civil y Comercial en su art. 560 considera esa práctica cuando habla de consentimiento previo, informado y libre, como regla para la práctica de la TRHA y cada vez que se utilice o manipule material genético, -gametos o embriones-, que en la práctica en muchas ocasiones se manipulan los embriones crio preservándolos “…Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones…”.

Y el Decreto Reglamentario 956/2013 a la criopreservación la considera como una técnica de alta complejidad, al definirla en su artículo 2º: “se entiende por técnica de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocito y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos…” (sic).

Es importante destacar que desde el año 2014 se han presentado en el Congreso de la Nación diferentes proyectos legislativos, algunos que han perdido estado parlamentario y otros aún siguen su curso, todos atendiendo a la realidad inevitable de que existen embriones criopreservados, y que debe regularse el destino de los mismos según la voluntad de las personas interesadas.

Así, se encuentra en danza un proyecto de ley, el Expte. Nº 1541 D 2019, cuyo propósito consiste en regular la protección del embrión no implantado estableciendo su régimen jurídico, rigiéndose por los derechos y principios de la intangibilidad del genoma humano, derecho a gozar los beneficios del progreso científico, principio de autonomía, derecho a la privacidad, derecho a formar una familia. En uno de los artículos (art. 10º) se considera que los embriones criopreservados pueden tener los siguientes destinos a) ser utilizados por sus titulares para posteriores tratamientos; b) ser donados con fines reproductivos; c) ser donados con fines de investigación; d) cese su criopreservación.

Y lo neC.io para ello, también previsto en ese artículo es, “se requiere el correspondiente consentimiento informado, libre y formal de sus titulares, previo asesoramiento acerca de las consecuencias de cada uno de los destinos posibles. En el caso de un proyecto parental conjunto que compromete embriones sobrantes, los titulares deben estar de acuerdo sobre su destino. En caso de desacuerdo, no es posible la conformación de embriones. El consentimiento informado sobre cualquiera de los destinos otorgados a los embriones criopreservados puede ser modificado en cualquier momento, si fuera posible. En caso de modificación del destino de embriones, esto debe ser acordado por todas las personas titulares de los embriones afectados. En caso de desacuerdo, serán destinados a investigación.”

Pero hasta tanto ello suceda, que se sancione la ley, no corresponde escudarse en la existencia de un vacío legal - o inexistencia de una normativa expresa que aborde el tema- y debe darse una pronta respuesta a las personas que se someten al uso de la TRHA y que como consecuencia de ello, deciden criopreservar embriones viables no transferidos o sobrantes y al tiempo como destino de los mismos deciden C. su criopreservación, y por ende su descarte, tal cual el deseo de los Sres. R. y R..

Frente a ello, en la búsqueda de una solución, existen normas legales que habilitan adoptar decisiones con el suficiente respaldo jurídico. Los art. 1 y 2 del CCyCN son el ejemplo de ello, ya que establecen las fuentes para llevar a cabo la interpretación del cuerpo normativo. El primer artículo dice; “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho; y el art. 2 expresa; “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

Y el artículo 9º del Código Civil y Comercial también da pautas de interpretación, “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

El primer principio que hace al ejercicio de los derechos subjetivos dirigidos al ciudadano es el de buena fe. Se trata de un principio general al que ahora, se le otorga un lugar de relevancia en el CCyCN al estar presente en su Título Preliminar, entendiéndoselo como un mandato que cumple numerosas funciones, entre ellas como ser: regla de interpretación, según MOSSET ITURRASPE “.. En la búsqueda de una solución más justa para el caso concreto, desde el marco de los textos legales, cuando los hubiere, y más allá de dicho marco, frente al absurdo o la injusticia notoria, pero siempre cumpliendo el rol de integrar la norma, encontramos la buena fe de la concepción solidarista…”

Y es así, que no se puede desconocer que hay una variedad de fuentes normativas vigentes nacionales e internacionales, en este último caso habilita su aplicación el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, por lo que es inadmisible sostener el fundamento de vacío legal para no hacer eco de la libertad R., y del derecho a la no procreación.

Dentro del plano normativo nacional se debe tener en cuenta además de los artículos que ya he referenciado del CCyCN, también el art. 19 de dicho cuerpo, a pesar de que al momento de ser sancionado eliminó toda mención a las TRHA, que preveía el proyecto, el que decía textualmente; “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”, el que ha sido limitado de esta manera; “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Pero nada obsta a interpretar este artículo en base a las intenciones que han tenido las personas redactoras del proyecto del CCyCN, y al considerar el art de la Ley 26.994, una cláusula transitoria; “ La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”; se puede en esta oportunidad, ya que aún no está sancionada la ley especial, acudir a las normas nacionales, internacionales y casos jurisprudenciales, y no quedar impávidos para dar una solución al planteo de los Sres. R. y R., y desterrar el fundamento de V..

En el plano Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “ARTAVIA MURILLO y Otros c/ COSTA RICA” en fecha 28.Nov.2012, ha sostenido que el embrión in vitro, no puede tener la misma protección de una persona humana, es decir no le cabe la protección derivada del derecho a la vida prevista en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, la Corte en esa oportunidad sostuvo “la concepción en el sentido del art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión no implantado, carece de tal equiparación y protección en el carácter de “persona” también afirmó que las técnicas de fertilización in vitro son válidas al permitir el cumplimiento de la protección de varios derechos humanos, como el derecho formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica y a la libertad reproductiva.

Desde lo jurisprudencial, y a nivel nacional, frente a reclamos con el objeto similar al de autos - cese de la criopreservación y su descarte-, con situaciones fácticas distintas, han sido dictado fallos en los Juzgados de la República Argentina, a favor de lo pretendido en tres oportunidades; “F.B. y S. p/ Divorcio Bilateral” (Mendoza 30.Jul.2018); “R.,G.J y Otro/a s/Autorización Judicial” (La Plata 2.Abr.2019); y “C.M.L. y Otro/a s/ Autorización Judicial” (Nº 50908/2019. La Plata 30.Sep.2019).

En el primero de ellos, se hizo lugar a la homologación de un convenio regulador, el que contemplaba el descarte de los embriones criopreservados en una clínica. Las partes, por presentación conjunta, solicitaron que, junto con el dictado de la sentencia de divorcio, se homologue el convenio regulador haciendo uso de su autonomía respecto a las consecuencias que trae aparejado el fin del vínculo matrimonial, consagrada en los arts. 438 y 439 del Código Civil y Comercial, y allí manifestaron expresamente -entre otros efectos- la voluntad de descartar los embriones criopreservados existentes, toda vez que los interesados se habían sometido anteriormente a TRHA, y los embriones estaban siendo mantenidos en una clínica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Solicitaron autorización judicial ya que ambos habían ratificado en el Consentimiento Informado -de carácter obligatorio conforme lo dispuesto por los arts. 59 y 560 del CCyCN y la Ley 26.529 efectuado en la clínica, que así lo harían. En el fallo se destaca un control de constitucionalidad y convencionalidad conforme los arts. 1 y 2 del CCyCN, interpretando nuestro derecho interno de acuerdo a los estándares fija por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en “Artavia Murillo y otros C/ Costa Rica”, y se resolvió homologar el convenio celebrado entre las partes, respecto al pedido de autorizar el cese de la criopreservación de los embriones o de todo material genético de los peticionantes, almacenados en la Clínica, entendiendo que los embriones no son considerados personas, sino tan solo una potencial vida incapaz de desarrollarse extracorpóreamente.

En el segundo de los fallos, se entendió que la titularidad de los embriones formados a los fines de concretar el proyecto de procreación, son de las personas que hayan manifestado su voluntad de procrear a través del otorgamiento del consentimiento informado. De no otorgar la o las personas involucradas ese consentimiento no puede procederse a ningún cambio de su situación, es decir, que si los embriones se encuentran congelados permanecerán en ese estado hasta que su titular exprese su intencionalidad de modificarlo. Y que en el caso planteado los titulares de los embriones criocongelados expresaron que han concretado su voluntad procreacional a través del nacimiento de sus dos hijos, manifestando no querer tener más hijos. Así como no querer estar en forma vitalicia ligados a dicha institución médica, y se resolvió otorgando la autorización para cesar la crioconservación de seis embriones.

Y el último de los fallos, se hizo una interpretación armónica de los arts. 19, 20 y 21 del CCyCN, para considerar el comienzo de la existencia de la persona humana, y se ha entendido allí que para los supuestos de TRHA de alta complejidad será el momento de la implantación del embrión y todo ello en consonancia con el art. 562 del CCYCN al hablar de voluntad procreacional exteriorizada a través del consentimiento previo, informado y libre. El que puede ser revocado libremente mientras no se haya producido la concepción de la persona o la implantación del embrión (art. 560 y 561 del CCyCN y se falló haciendo lugar a la autorización judicial solicitada, y resolviendo el contrato que unía a los peticionarios con la clínica, por ende, C. la criopreservación de los embriones que poseía la pareja, teniéndose que proceder al descarte.

Hasta acá con dichos antecedentes, le hubiese bastado a V. M. R., atender favorablemente la petición de la Sra. R. y del Sr. R., sin necesidad de impulsarlos a acudir a la vía jurisdiccional.

Es que según la Carta Documento CD 074603697 suscripta por la Directora Administrativa de V. M. R., dicha Institución no procedería al cese de la criopreservación en razón al vacío legal existente en nuestro país, por lo que necesitan una orden judicial obtenida a su favor y vertida a tales efectos.

Vemos por otro lado, que nada se he dicho en esa oportunidad, ni en estas actuaciones, al no haberse presentado a ejercer el derecho que estimaran que le correspondía, respecto al peso de la voluntad expresa vertida por los Sres. R. y R. en no querer procrear nuevamente, según la CD 078391785.

Como ya lo expuse, es cierto que existe una ausencia normativa puntual de cómo se procede ante la existencia de embriones criocongelados cuando los titulares de los mismos ya no tienen deseo de procrear, pero ello no quiere decir que con todo el plexo normativo nacional o internacional haya un vacío legal. El art. 1 del CCyCN da las pautas -fuentes de aplicación- para resolver las cuestiones no regladas legalmente.

Recordemos que los Sres. R. y R. en fecha marzo de 2015 suscribieron un consentimiento informado para fecundación in vitro y transferencia embrionaria, y en fecha noviembre de 2017 suscribieron ambos, un consentimiento informado, de criopreservación y almacenamiento de embriones con V. M. REPRODUCTVA, ninguno de estos documentos fueron desconocidos por el Instituto, por lo tanto los considerare como válidos, a pesar de que no cuentan con firmas certificadas, y uno de ellos es una copia simple.

En el último de los documentos se puede leer, sobre la cuestión del almacenamiento de los embriones, *“…se me ha informado debidamente y he comprendido que para el caso de que no se continúe abonando el cargo mencionado en el punto anterior, por el termino de 2 meses consecutivos, el centro se compromete a notificar fehacientemente el incumplimiento. Se me ha informado debidamente y he comprendido que pasados los 15 días de haber sido debidamente notificada/o y sin haber respondido al requerimiento del centro de salud, consiento en que: (marcar lo que corresponda) \*Los embriones criopreservados sean donados a otra pareja/persona con fines reproductivos, \*Los embriones criopreservados sean donados con fines de investigación. \*cese la criopreservación de embriones.”(sic)* se lee del documento que la Sra. R. y el Sr. R. ha marcado la última opción.

Y además en otro de los puntos de ese documento se ha previsto; “*Destino de los embriones criopreservados: Como los embriones pueden permanecer durante un tiempo prolongado criopreservados y en dicha etapa pueden presentarse diversas contingencias relevantes (desacuerdo entre los/las pacientes firmantes, separación o divorcio, revocación del consentimiento o voluntad de no continuar con el procedimiento de reproducción humana asistida y/o fallecimiento de alguno de los/las pacientes), consiento que en caso de darse alguna de estas situaciones: (marcar lo que corresponda): \*Los embriones criopreservados sean donados a otra pareja/persona con fines reproductivos. \*Los embriones criopreservados sean donados con fines de investigación. \*Cese la criopreservación de los embriones…(sic).* Y frente a ello, también la Sra. R. y el Sr. R. marcaron la tercera opción.

Por último, se resalta de dicha documentación que surge que los titulares del embrión han sido informados sobre la necesidad de que de común acuerdo se expidan sobre el destino de los embriones y la posibilidad de revocar en todo tiempo el consentimiento; “*Se me ha informado debidamente y he comprendido que, de producirse discrepancia entre los miembros de la pareja sobre el destino de los embriones, el centro médico no podrá atender la petición unilateral de disposición efectuada por uno solo de los miembros, como tampoco podrá aceptar ningún acuerdo de la pareja sobre los embriones que suponga una transición económica o de intereses. Revocación del consentimiento: Se me ha informado debidamente y he comprendido que el consentimiento prestado puede ser revocado en cualquier momento anterior a la trasferencia mientras los embriones se encuentran disponibles, conforme lo establece el art. 7 de la Ley Nº 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de reproducción Medicamente Asistida y su Dto. Reglamentario Nº 956/2013 (art. 7), concordantes y modificatorias y el art. 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. La revocación del consentimiento se debe notificar de manera fehaciente y por escrito al centro médico. Respecto de los embriones, se procederá de conformidad con lo previsto en el punto anterior” (sic)*

Es decir, en varios pasajes de ese documento se ha contemplado la revocación del consentimiento informado, y como opción el cese de la criopreservación. El Centro Médico al momento de la suscripción de dicho documento 08.Nov.2017, ha puesto en consideración a los suscriptores del mismo, como una opción viable el cese de la criopreservación ante la falta de pago por el termino de 2 meses del abono por el mantenimiento, y ante la revocación expresa del consentimiento y en ninguno de esos casos se contemplaba la exigencia de una autorización judicial para proceder al descarte. Implícitamente en esa oportunidad no consideraban la existencia de un “vacío legal” para las opciones del destino del embrión.

Por todo ello, no se comprende la posición adoptada por V. M. R. en su CD 074 603697 de fecha 30.Jul.2020, exigiendo como requisito para proceder al descarte del embrión una autorización judicial, frente al planteo hecho por los Sres. R. y R. en la CD 078391785 de fecha 21.Jul.2020, que si bien invocaron la decisión de no seguir abonando el costo de mantenimiento, para ejercer la opción del cese de la criopreservación, como estaba estipulado en el documento, y no como destino de los embriones criopreservados ante la decisión de no querer procrear -que también estaba contemplada-, se ha desconocido por parte de V. lo que oportunamente había contemplado como opción viable, entendiendo dicha posición frente al análisis de los derechos y principios desarrollados, como una decisión inconstitucional.

Destaco que esa exigencia no ha sido direccionada frente a un dudoso consentimiento -podría no ser libre, o viciado por parte de algunos de los titulares del embrión- si no que tan solo, “a un vacío legal existente.”

Preocupa además la postura del Centro, ya que han provocado que los Sres. R. y R., hayan tenido que acudir a la justica, efectuar un reclamo jurisdiccional, exponiendo su caso, no respetándose el principio de la autonomía y el derecho a la privacidad y a la no procreación. “…Si bien los tribunales han reconocido el “derecho de procrear”, ha considerado superior el “derecho a no procrear”. Esta prioridad es una clara manifestación de los límites del Derecho y la consecuente imposibilidad de forzar jurídicamente a una persona a ser padre cuando el embrión no está aún implantado. Por lo demás, siendo que en las relaciones familiares las consecuencias no jurídicas suelen ser más relevantes, cabe preguntarse sobre el resultado del nacimiento, crianza y desarrollo de una persona que no sólo no forma parte de un proyecto de vida, sino que la mera posibilidad de su existencia ha sido expresamente rechazada…” (TRATADO de DERECHO de FAMILIA, Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, Marisa HERRERA y Nora LLOVERAS Directora Tomo II pág 493/494, Rubinzal CuLzoni Editores).

No puede desconocerse que desde la entrada en vigencia del CCyCN., iban a ocurrir conflictos y/o diferentes planteos predecibles, o no, derivados de la TRHA, pero bajo ningún concepto puede sostenerse la existencia de un vacío legal. He sido extensa al desarrollar las normas nacionales e internacionales con raigambre constitucional, la jurisprudencia nacional y la posición de los titulares del embrión, para encontrarse habilitada V. M. R. a hacer valer el consentimiento de los Sres. R. y R., para el cese de la criopreservación y el descarte del embrión, sin necesidad de una decisión jurisdiccional.

Para la realización de la practica TRHA, con el que se da inicio a un vínculo filial, resulta neC.io extender al consentimiento de la Ley de los Derechos de los Pacientes N° 26.569 como obligatorio previo e informado, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, la información clara, precisa y adecuada respecto a su estado de salud, procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados, los riesgos, molestias, y efectos adversos posibles, procedimientos alternativos con sus riesgos, beneficios y perjuicios y las consecuencias de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados, agregándose además una manifestación de una “voluntad procreacional”.

Los Sres. R. y R. cuando se sometieron a la práctica de la TRHA en fecha 09. Marz.2015, suscribieron un consentimiento informado para la fecundación in vitro y trasferencia embrionaria, expusieron su voluntad procreacional, V. M. R. validó su consentimiento sin requerimiento de autorización judicial, y la transferencia del embrión se produjo en el mes de Oct. 2017, con ello se logró el nacimiento de S., y con la filiación determinada bajo las previsiones del art. 562 del CCyCN.

En esa oportunidad el Centro Médico, no ha tenido dudas o al menos no ha cuestionado oportunamente, la voluntad y los derechos de los Sres. R. y R., pero ahora al no querer renovar su consentimiento, puntualmente manifestaron expresamente no tener voluntad procreacional, el instituto aduce un vacío legal, y de esta manera no se respeta la voluntad de los nombrados.

“La voluntad procreacional es el eje vertebral en materia de determinación de la filiación cuando se trata de la filiación que se deriva de técnicas de reproducción humana asistida, siendo totalmente indiferente quien haya aportado el material genético para el tratamiento en cuestión, pudiendo ser los progenitores, los cuales poseen la voluntad procreacional, y/o un tercero ajeno- donante- el cual nunca tendrá un vínculo jurídico con el nacido…Es decir prevaleciendo la maternidad/paternidad consentida y querida, por sobre la genética…El Código entiende en un sentido amplio que la voluntad procreacional es el ánimo o al intención que posee una persona para procrear o, en su caso, para dejar de hacerlo… (CODIGO Civil y Comercial de la Nación Ricardo Luis LORENZETTI Editores Rubinzal Culzoni Tomo III, pág. 501/502/503, edición 2015).

Todo esto parece sin sentido para V. M. R., ninguna norma imperativa del CCyCN, ni doctrina calificada, obliga a los Sres. R. y R. a recurrir a la justica para solicitar autorización judicial. Si las autoridades del Centro Médico se hubiesen asesorado según los nuevos paradigmas, y antecedentes normativos y jurisprudenciales, normas fuentes previstas en el art. 1 del CCyCN. y con la modalidad de interpretación consagradas en el art. 2° del mismo código de fondo, no hubiesen respondido de la forma inadecuada como lo hicieron.

El Centro Medico ha adoptado una actitud arbitraria afectando la vida privada y familiar, no respetado la voluntad de los peticionarios, si bien posibilidad de procrear es un aspecto del derecho a fundar una familia, respetándose la autonomía R. y permitiéndose el acceso al servicio de salud y tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, el derecho a no procrear debe ser también respetado y sin contratiempos.

Insisto, en que ninguna norma prohíbe o sanciona el pleno derecho y la intención o interés a la no procreación, pretendiéndose el cese de la criopreservación y el descarte del embrión, en el caso como el de autos, cuando los dos titulares del embrión así lo desean, y no hay elemento de tipo voluntarista a favor de V. para obligarla a continuar con la criopreservación del embrión, y que los Sres. R. y R. sigan atados a dicha institución abonando mensualmente el mantenimiento del almacenamiento.

He de considerar, por todo lo expuesto que no resulta necesaria una autorización judicial a los efectos pretendidos por V. M. R., pues correspondía acceder a lo solicitado por los Sres. R. y R., respetándose el principio de autonomía, de buena fe, su derecho a la privacidad, a la libertad reproductiva e integridad de las personas, a elegir la familia que desean, y el derecho a la mujer a no querer ser nuevamente madre, a no querer que se le implante o transfiera ese embrión.

No puedo dejar de apreciar este caso traído a debate, más allá de lo expuesto, con una mirada con perspectiva de género, como operadora jurídica y como integrantes de una sociedad, sabiendo que aún hay normas que son aceptadas por la sociedad como cargas que son considerados como “normales”.

Pero alertada siempre sobre ello, y con una visión crítica sobre cómo una norma jurídica tendrá distintos efectos sobre mujeres y hombres, y provoca más repercusión las mujeres, no puedo dejar de soslayar que la decisión de ser madre: es un derecho para las mujeres, y que tienen que decidir libremente si se desea ser madre o no.

En este sentido, es incuestionable que para que las relaciones de género existentes en nuestra sociedad sean reformuladas, se requieren acciones dentro de la propia sociedad, incluida en este caso V. M. R., que reconozcan, y eliminen las cargas de género insertas en las normas sociales, jurídicas morales, religiosas, entre otras.

Y que si el planteo de la Sra. R., independientemente que lo ha hecho de manera conjunta con el Sr. R., hubiese sido recepcionado con una perspectiva de género por parte de V. M. R., se hubiese llegado a la rápida comprensión de que hay una mujer que no desea ser madre, que definitivamente no forma parte de su plan de vida en este momento y que desea que el embrión sea descartado.

Debemos pregonar en todas las formas, lugares y tiempo, el respeto al derecho a una maternidad libremente decidida y a la planificación de la familia en iguales términos.

Y desde este lugar que ocupo, fomentaré ello, para que V. M. R., a partir de ahora atienda la decisión de una mujer, cuando la misma sea libre, y sin requerimiento judicial previo, dándole primacía a la voluntad de las mujeres de no convertirse en madres, por sobre cualquier pretexto de dudas por una interpretación de una normativa legal o ante la creencia de un vacío legal.

La decisión de tener hijos o no, no se la debe limitar o circunscribir a normas legales, y menos al consentimiento del cónyuge, el padre, el compañero, a pesar de que ello no sucedió en autos, o a una decisión del poder judicial.

Existió una voluntad manifiesta de la Sra. R., su deseo de no procrear, y ese principio de autonomía de la voluntad, es el que limita al mínimo la intervención del Estado, puesto que toda entidad pública y/o privada debe respetar los derechos fundamentales de las mujeres como la igualdad, libertad y protección de la vida privada.

Recordemos que la Sra. R. acudió a la justicia en el año 2014 interponiendo una acción de amparo, reclamando a su obra social la cobertura en un 100% del tratamiento de alta complejidad de fertilización en vitro, su reclamo obtuvo una sentencia favorable, se reconoció el derecho como mujer, su derecho a procrear, entre otros y su voluntad a formar una familia.

Ahora otra vez, la obligan a acudir a la justicia para que se respete su derecho no procreacional, pues logró la familia que deseaba con el Sr. R., con la hija de él, y con S..

Todos sus intereses privados, familiares, debe judicializarlos, ventilarlos, por posiciones egoístas y tal vez económicas. Pero el derecho reproductivo, como también el no reproductivo por efecto transitivo, de la Sra. R., por ser mujer, cuyo cuerpo conforma la materialidad sobre la que recaen las principales renegociaciones entre lo público y lo privado, no fue reconocida allá en el año 2014 por su obra social y ahora en el 2020 por V. M. R.

Es decir, a la Sra. R., siendo mujer, no se le permite libremente controlar esa capacidad de generar vida, y de no querer generarla más, tan solo con su voluntad expresa, sino que en dos oportunidades se le impuso, se la obligó, a acudir a un control externo judicial, para hacer valer sus derechos.

Parece que aún no se entiende, que, para una mujer, con capacidad para decidir libremente, sobre su deseo de ser madre o no, siendo ello algo privado, - la sexualidad y la procreación- deben quedar fuera del debate jurisdiccional.

El Estado no debe intervenir, por intermedio de la justicia, cada vez que una mujer como en el caso de la Sra. R., vierta su deseo de ser madre o no, ya que con todas las normas nacionales e internacionales vigentes aplicables al caso, es previsible dar soluciones, realzando, por, sobre todo, los derechos de las mujeres.

Es por todo lo expuesto, que corresponde que V. M. R. atienda la voluntad expresada por la Sra. R. y el Sr. R., en los términos en que ellos pretenden, y desde la fecha que lo han hecho 21. Jul.2020, por lo que deberán reintegrarle las erogaciones que han efectuado los nombrados desde el mes de agosto 2020, a la fecha del dictado del presente, el hecho de que hayan continuado abonando por el almacenamiento y mantenimiento del embrión, desde que remitieron la carta documento, en un pago injustificado, que el instituto, no debió aceptar.

Ahora bien, con respecto a las costas, las mismas serán impuestas al Centro V. M. R., más allá de que la cuestión traída a debate pueda resultar novedosa, lo cierto es que las accionantes se vieron obligadas a instar una acción judicial frente una posición fuera de todo contexto legal, lo que no me permite apartarme del principio de la derrota art. 69 del CPCCCh.

Por todo lo expuesto,

**FALLO:**

**1°)** Intimando a “V. M. R.” a que respeten el interés y la voluntad de los Sres. V. E. R. DNI XX.XXX.XXX y C. A. R. DNI YY.YYY.YYY, puesta de manifiesto expresamente mediante la CD 078391785 de fecha 21.Julio.2020, procediéndose al cese de la criopreservación del embrión almacenado en dicho Centro, y el descarte del mismo. Teniendo la intimada que entregar a los Sres. R. y R., dentro del plazo de tres (3) días, una constancia que acredite el cumplimiento de la decisión de los nombrados.

**2°)** Requiriendo a V. M. R. que reintegren dentro del plazo de tres (3) días a la Sra. V. E. R. y al Sr. C. A. R. las sumas de dinero que tuvieron que abonar por el mantenimiento del embrión a partir del mes de agosto del corriente año, inclusive, y a la fecha del dictado de la presente.

**3°)** Imponiendo las costas al Centro V. -M. R.- . Regulando los honorarios profesionales de la abogada L. G. y del abogado R. A. S., de manera conjunta, en la suma equivalente a veinte (20) JUS, con más IVA si correspondiere. El valor de la Unidad Arancelaria, será el vigente al dictado de la presente.

**4°)** Notifíquese a los accionantes personal o digitalmente y a V. M. R. por cédula con copia íntegra de la presente y bajo las previsiones del art 141 del CPCCCh., y al Ministerio Publico Fiscal si bien el art. 137 del CPCCCh. imprime la notificación con remisión al público despacho, en esta oportunidad por una cuestión de bioseguridad, será por mail con envío de copia de la presente.

**5°)** Regístrese.

**Delma Irina VIANI**

**Jueza a cargo del Juzgado de Familia N° 2 de la**

**Circunscripción judicial de Puerto Madryn. CHUBUT**

Registrada bajo el N°133 / del año 2020 (SD).

En el día de la fecha se cumplió con el envío del mail al Ministerio Público Fiscal. CONSTE. SECRETARIA. 18 Noviembre 2020.