

Y VISTOS: Los autos caratulados: “EACy Ot. s/ VENIAS Y DISPENSAS” CUIJ n° 21-23856057-5;

DE LOS QUE RESULTA: A fs.38/45 comparecen los cónyuges EAC y MMP, bajo patrocinio letrado y solicitan autorización judicial para cesar la criopreservación de los embriones que se encuentran en la “Clínica G” de la ciudad de Rosario;

Expresan los peticionantes, que su destino para tener hijos fue la fertilización asistida y luego de distintos estudios médicos, diagnósticos, tratamientos y profesionales, llegaron a los consultorios de “X” hoy “G”, derivados por la obra social, dónde tenían cobertura para hacer un tratamiento de fertilidad;

Relatan, que allí los recibió la Dra. GM, en el año 2015, quien luego de la consulta y ver los estudios que ya se habían realizado, les dijo que tenían que hacer una fertilización in vitro, a causa de la trombofilia, comenzaron el tratamiento ese mismo año en el mes de julio, como resultado del mismo quedaron tres embriones aptos para hacer la primera implantación, sólo podían colocar dos y uno quedó criopreservado;

Continúan diciendo, se produjo el embarazo en esa primera implantación, nació su hijo el día 19 de marzo de 2016 y a los dos meses EAC quedó nuevamente embarazada de manera natural, sin necesidad de tratamiento y nace su hija el 20 de febrero de 2017;

Señalan los accionantes, que desde el año 2015 tienen criopreservado el único embrión que quedó del tratamiento realizado, así las cosas, en el año 2017, luego de pagar cada año de mantenimiento, consultaron cuales eran las maneras que le entreguen el embrión y detener así la criopreservación, la respuesta obtenida fue que no se podían desechar, que las opciones eran implantarlo o donarlo y así, cada año les dijeron lo mismo, refieren, que ninguna de las dos propuestas eran las que pretendían realizar, habían decidido que luego de haber tenido dos hijos, no querían ninguno más, es decir no tenían más voluntad procreacional;

Por decreto de fs. 46

se corre traslado a la Clínica G, se notifica la Asesora de Menores a fs. 47, se acompaña a fs. 49 el oficio en el cual es notificada la clínica, es recibido el día 23 de agosto de 2021 y a fs. 51/2 se adjunta cédula en el mismo sentido, recibida el día 6 de marzo de 2022 con copia de la demanda, a fs. 56, el 10 de mayo de 2022, comparecen los apoderados de “G SRL”, sin efectuar responde alguno;

Dictamina la Asesora de Menores, Dra. Ana Clara Grabowski, a fs. 54 y dice: “ Teniendo en cuenta la ausencia de norma expresa que regule sobre el proceder de los embriones criopreservados, cuando quienes entregaron el material genético ya no quieren su implantación, ya que la ley 26.862, que permite el acceso integral a las THRA y las normas del CCCN, no responden la cuestión. Teniendo en cuenta también la voluntad procreacional, la cual se identifica en el presente caso con no querer tener más hijos, ya que el consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de los embriones. Considerando la jurisprudencia internacional y nacional sobre el presente tema, el derecho a formar una familia (en lo que respecta la vida privada artículo 19 de la CN) y el libre ejercicio de la voluntad. Y atendiendo fundamentalmente en lo que respecta a la función de esta Asesoría, a la condición jurídica del embrión no implantado, cuya noción se desarrolla a partir de la interpretación del artículo 19 de la CCCN, sobre el comienzo de la existencia de las personas. Considerando que existen dos concepciones respecto al embrión no implantado, una que sostiene que la concepción es fecundación (sea fuera o dentro del cuerpo sin distinción) y la segunda que sostiene que la concepción es un proceso que termina con la implantación y que la posibilidad de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación, deja entrever la naturaleza jurídica del embrión no implantado, considera esta Asesoría que V. S. deberá resolver atendiendo a las consideraciones planteadas en el presente dictamen”;

Se fija audiencia a tenor del decreto de fs. 75 para el día 11 de agosto de 2022 las 08.00 horas, comparece por una parte la actora bajo patrocinio letrado y por la otra parte lo hace la clínica por apoderada, en

dicha audiencia la accionante señala, “que al solicitarle a la clínica “G” de medicina reproductiva, el cese de la criopreservación de embriones, ésta le manifestó que para ello necesitaría de una autorización judicial, la apoderada de la clínica expresa, “que el criterio de la clínica es el de pedir autorización judicial para el cese”, se señala que el contrato de fs. 27, cláusula quinta, dice, “que los pacientes pueden pedir el cese de la criopreservación de embriones, entre otros supuestos, no se señala que al efecto deben pedir autorización judicial, la apoderada agrega que, “ese es el criterio del instituto”;

Se corre nueva vista a la Asesora de Menores, la que a fs. 82 dice, “atento a las constancias de autos, teniendo en cuenta que esta Asesoría ya ha brindado a V. S. las pautas a analizar a los fines de resolver la presente cuestión, pero observando que en la audiencia del 11 de agosto del corriente, ha quedado expuesto que la cláusula quinta dice, que los pacientes pueden pedir el cese de la criopreservación, sin que sea necesaria la solicitud de autorización judicial, esta Asesoría considera que en virtud de la voluntad procreacional, el derecho a conformar una familia y lo contratado oportunamente, V. S. debería hacer lugar a la petición formulada”, quedan los presentes en situación de resolver;

Y CONSIDERANDO: Tal lo expuesto, entre los peticionantes y la clínica se da una relación contractual, la que me lleva a tener que analizarla en cuanto al alcance y los términos de dicho contrato, especialmente considerando la documental que se ha acompañado en estos obrados, no sólo las indicaciones médicas expedidas por la clínica, sino la “Guía para pacientes” de fs. 21/4 que detalla los ítems: “la microinyección intracitoplasmática de espermatozoides, hiperestimulación ovárica controlada y monitoreo de la ovulación, recuperación ovocitaria” y luego un breve resumen sobre la fertilización in vitro, transferencia embrionaria, mantenimiento de la fase lútea, resultados, riesgos y pasos del procedimiento, ciclo de fertilización, recuperación ovocitaria, transferencia embrionaria, días posteriores y trabajando en equipo”, a fs. 26 consta que hay un embrión criopreservado

desde el 4 de julio de 2015 y luce a fs. 27 la renovación de contrato del 6 de julio de 2019 el cual en su cláusula QUINTA dice expresamente:

“En caso de que EL/LOS PACIENTES no se presentaran en EL CENTRO a fin de manifestar su voluntad de continuar con la criopreservación y mantenimiento de los embriones y pagar la suma correspondiente al siguiente período anual de mantenimiento, EL CENTRO intimará formalmente el cumplimiento en un plazo máximo de treinta (30) días corridos. Vencido dicho plazo sin que medie cumplimiento de la obligación de pago, EL/LOS PACIENTES deciden en este acto que: 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”;

Es también interesante mencionar la cláusula SEXTA, “de presentarse contingencias relevantes a la pareja, como desacuerdo, separación o divorcio, revocación del consentimiento o voluntad de no continuar con el procedimiento de reproducción humana asistida y/o fallecimiento de un integrante, EL/LOS PACIENTES deciden en este acto, los mismos tres supuestos que se mencionan en la cláusula quinta, es decir que siempre tienen la facultad, entre otros supuestos, de solicitar el cese de la criopreservación;

He sido minucioso en el detalle de la llamada “Guía para Pacientes”, ya que en la misma nada se dice respecto del cese de la criopreservación, ni siquiera es mencionada y en la renovación de contrato que he citado y se acompaña a fs. 27, sus cláusulas si la especifican y determinan, en este caso, se reconoce que el/los pacientes pueden solicitar el cese y nunca se menciona que debe ser con autorización judicial, es decir que aquí el consentimiento informado es insuficiente por un lado, no es claro, no es preciso y deja al paciente en una situación de desventaja e incertidumbre, de la cual toma conocimiento cuando quiere hacer cumplir el contrato, el que, no puede quedar al “criterio de la clínica o el instituto”, en este caso, como se

ejecutarán o cumplirán las cláusulas contractuales, como ligeramente lo ha sostenido, la asimetría ente las partes se torna insostenible y atenta contra la propia validez contractual;

En esa línea, es necesario señalar que el consentimiento informado (CI), “es aquel por el cual el paciente brinda su conformidad o rechazo con la indicación o propuesta médica, luego de recibir la información completa, adecuada, clara y precisa acerca del diagnóstico que lo aqueja, el mejor tratamiento disponible, las alternativas terapéuticas, los beneficios y riesgos esperados y el pronóstico, no hace más que concretar el principio de autonomía ..., es un acto unilateral por el cual cada individuo decide como cuidar su salud y su vida y por ello es esencialmente revocable...”, (El Consentimiento Informado en el CC y CN y en la ley 26.529 de Derechos del Paciente – María Susana Ciruzzi, abogada, especialista en Bioética -FLACSO);

Es indudable que los actores al celebrar el aludido contrato, tuvieron en cuenta lo expuesto en cada una de sus cláusulas y jamás fueron advertidos que para el cese del mismo necesitarían de una autorización judicial, lo cual podrían haber evaluado en ese momento y quizás no lo hubieran suscripto, además, la clínica los embarca en un proceso judicial, del cual nadie puede saber su resultado y por lo tanto estaríamos ante un contrato vitalicio, en el que una de las partes no puede rescindirlo, por criterio de la otra y que surge al momento de plantearlo;

La Cámara Civil de la Nación Sala I, en autos “P. A y Otro s/ AUTORIZACION” de octubre de 2021, hace un análisis de este tipo de contratos, los cuales obedecen a la voluntad procreacional y al ejercicio de los derechos reproductivos de una de las partes, en este supuesto los actores, lo que provoca que ante el cese de dicha voluntad, finalice el contrato, los derechos reproductivos, sobre los que versa el contrato, son parte de los derechos humanos básicos, al igual que la vida, la salud y la libertad, con los que se relacionan directamente y así lo ha expresado el informe de la

Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo del año 1994, Capítulo VII, apartado A, acápite 7.3, el cual, “incluye el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción, libre de discriminación, coerción o violencia, conforme lo expresado en documento de derechos humanos”;

De lo expuesto, en relación a lo determinado a las fuentes, aplicación e interpretación de nuestro ordenamiento civil y comercial, artículos 1 y 2, debemos aplicar las leyes conforme a nuestra Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en que la República sea parte, con el plexo normativo que incorpora el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, el cual reconoce el derecho a la salud reproductiva y la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, esa filiación queda determinada por la voluntad procreacional la que se presta dando previamente el consentimiento informado y libre y así se exterioriza;

Los accionantes expresaron ante la clínica el cese de la criopreservación del embrión, es decir el cese de su voluntad procreacional, tal lo determina el contrato que los relaciona y es allí donde esta última les indica, que deben solicitar una autorización judicial, lo cual no surge del contrato y jamás les fue informado, todo lo que es contrario a la buena fe que debe primar en el ejercicio de los derechos (artículo 9 del Código Civil y Comercial), en todo caso, debió ser la propia clínica la que requiera el pronunciamiento judicial y de esa manera determinar su accionar a futuro, dando seguridad a los pacientes que deben, no sólo transitar el camino tendiente a tener una hijo por medio de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), sino que agotada su voluntad procreacional, exteriorizada al instituto y/o clínica respectiva, deben transitar el camino de la judicialización, del que no estaban debidamente informados;

En cuanto a la situación jurídica del embrión, tema al que he de referirme atento a que la ley nada dice sobre su descarte, siguiendo lo expuesto por las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y

Eleonora Lamm, en el análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del 28 de noviembre de 2012 (Microjuris, 6 de febrero de 2013, cita MJ-MJN-68565-AR, CASO “Artavia Murillo y Otros c/ Costa Rica”), “estableció enfáticamente que los derechos reproductivos integran los derechos humanos, hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear, interpretó el término concepción del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a “anidación”, que si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado, “concepción” presupone, existencia dentro del cuerpo de una mujer, afirmó que un embrión no implantado, o sea, un embrión in vitro, no es persona y las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni titularice un derecho a la vida, es decir, que la protección al derecho a la vida “desde la concepción” mencionado en el artículo 4 de la Convención, se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión el cual no tiene derechos absolutos., anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer”;

Lo resuelto por la CIDH, es obligatorio para nuestro derecho, así lo ha considerado la Corte de Justicia de la Nación cuando señala que “es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (caso Mazzeo, fallo 330:3248, considerando 20), en caso contrario se incumplirían obligaciones asumidas internacionalmente;

Ahora bien, a partir del fallo de la CIDH, es claro que el estatus de persona lo adquiere el embrión luego de implantado, es decir cuando está alojado en el útero de la persona, no puede desarrollarse de manera extracorpórea, a lo cual debo agregar la interrupción voluntaria del

embarazo, es decir, es legal el descarte del embrión post-implantado por lo tanto, con mayor razón el embrión criopreservado;

Tal lo he detallado a fs. 54 y 82 ha dictaminado la Asesora de Menores quien considera que en virtud de la voluntad procreacional, el derecho a conformar una familia y lo contratado oportunamente, V. S. debería hacer lugar a la petición formulada”;

Por lo expuesto y a tenor de los artículos 1, 2, 9, 19, 58, 59, 560, 562, siguientes y concordantes del Código Civil y Comercial, ley 26.862, artículos 19, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, jurisprudencia y doctrina especializada y de conformidad con lo expresado por la Asesora de Menores en dictamen con el cual coincido;

RESUELVO: 1) Hacer lugar a la petición de los accionantes y en consecuencia autorizarlos al cese de la criopreservación del embrión vitrificado en la “Clínica G” ubicada en XXX de la ciudad de Rosario y de esta manera resolver el contrato que los relacionaba al respeto, procediendo a su descarte en el término de tres días que quede firma la presente bajo apercibimiento de multa a razón de tres unidades jus por día y hasta el efectivo cumplimiento. 2) La “Clínica G” deberá reintegrar a los actores cualquier suma de dinero que haya percibido por la criopreservación del embrión a partir del mes de julio de 2021. 3) Costas a la “Clínica H”. Regular los honorarios de la Dra. Nadia Paula Parolín en la suma de XXX, equivalentes a la cantidad de DIEZ unidades jus y a los Dres. Santiago Araujo y Julia Bogino en la suma de XXX, equivalentes a la cantidad de CINCO unidades jus, en proporción de ley. Los honorarios regulados deben ser cancelados dentro de los treinta días que quede firme la presente, a efectos de la aplicación del artículo 2 de la ley 6767 y su modificatoria ley 12.851, para el caso de incumplimiento, se aplicará un interés moratorio del 12% anual.

Notifíquese a la Asesora de Menores. Vista a la Caja Forense. Insértese y
hágase saber, oportunamente oficiese.