

Voces: COBERTURA MEDICA ~ CRIOCONSERVACION DE EMBRIONES ~ FECUNDACION POST MORTEN ~ IMPLANTE EMBRIONARIO ~ INSEMINACION ARTIFICIAL ~ LEY DE REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL

Tribunal: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 4 de Santa Rosa(JCivComLabyMineriaSantaRosa)(Nro4)

Fecha: 30/12/2015

Partes: A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social (Sempre) s/ amparo

Publicado en: DFyP 2016 (agosto) , 125, con nota de Eduardo A. Sambrizzi y Daniela B. Zabaleta;

Cita Online: AR/JUR/87457/2015

Hechos:

Una obra social denegó a una afiliada incluida en el programa de reproducción asistida la cobertura de la transferencia de embriones criopreservados, obtenidos mediante el empleo del material genético de su conviviente y óvulos de donante. El motivo del rechazo fue que la solicitud de cobertura se realizó después del fallecimiento de aquel. Ante tal denegatoria, la peticionante promovió acción de amparo. El juez le hizo lugar.

Sumarios:

1. Una obra social debe cubrir la transferencia de embriones criopreservados obtenidos mediante el empleo de óvulos de donante y material genético del conviviente de la afiliada peticionante, que falleció luego de dicho procedimiento, pues, si se entiende que existe vida desde la fertilización, ningún argumento puede sostener válidamente la oposición a que esta se desarrolle a través de la fecundación post mortem en el cuerpo de la mujer; máxime cuando la ley 26.862 no lo prohíbe expresamente.
2. La obra social demandada no puede negarse a cubrir el procedimiento fecundación post mortem solicitado por una afiliada sobre la base de lo establecido en el art. 560 del Cód. Civil y Comercial respecto al consentimiento informado, pues no existen razones para dudar de la subsistencia de la voluntad procreacional expresada pocos días antes de fallecer por quien atravesó junto a su pareja el complejo proceso de una reproducción asistida en pos de concretar un proyecto familiar común.

Texto Completo:

1ª Instancia. — Santa Rosa, diciembre 30 de 2015.

Resulta: Que la señora C. V. A. promueve acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social (SEMPRE) pretendiendo que se lo condene a otorgarle la prestación total e integral, necesaria y gratuita de la práctica de fertilización asistida post mortem y se autorice su realización en el centro asistencial PROCREARTE de la ciudad de Buenos Aires.

Relata que mantuvo una relación de pareja consolidada con el señor O. A. C. desde enero de 2010 hasta que él falleció, en octubre de 2014 y ante la imposibilidad de concebir naturalmente recurrieron a la reproducción asistida.

Dice que presentaron a la obra social demandada la solicitud de derivación, suscripta por el ginecólogo J.A. en la que consta lo siguiente: "Paciente de 31 años con historia de infertilidad de 4 años de evolución al momento de realizar la primera entrevista en junio de 2013 (...) se concluye en el diagnóstico de disminución de la Reserva Ovárica y el tratamiento propuesto es ovodonación.

Ambos integrantes de la pareja están de acuerdo en realizar dicho tratamiento por lo que se confeccionó la presente historia clínica para presentar ante quien corresponda." Refiere que el 27 de mayo el Directorio del Instituto de Seguridad Social resolvió autorizar el ingreso de la pareja al Programa de Fertilización Asistida y que el 13 de junio de 2014 presentaron el consentimiento informado asumiendo toda la responsabilidad por el

resultado del procedimiento.

Informa que el 14 de octubre de 2014 falleció su pareja y el 9 de febrero de 2015 solicitó al organismo demandado cobertura médica de fertilización asistida post mortem. Con motivo de su presentación intervino la Gerencia de Prestaciones desde la cual se informó que la práctica solicitada se encontraba excluida del Plan de Fertilización, pero que teniendo en cuenta la nueva ley de reproducción médicamente asistida, técnicamente sería viable su reconocimiento.

La Gerenta de prestaciones también sostuvo que la situación planteada excedía lo contemplado en la ley aludida considerando aspectos ético legales porque se partiría de "traer al mundo un niño de padre muerto previo a su gestación y una madre desconocida, dado que para tal procedimiento requiere de ovodonación.

Ante esto, nos planteamos si en éste caso no sería prudente considerar los derechos del niño por nacer, más precisamente su derecho a la identidad.(...)" (sic).

La demandante sostiene que la Administración pretende preservar los derechos del niño por nacer, más precisamente el de la identidad, impidiendo su nacimiento mediante la denegatoria de la práctica de fertilización humana asistida post mortem, "enmarcándose en un claro acto discriminatorio y contrario al derecho a la vida, derecho a la procreación, a reconocer la evolución de la sociedad y la existencia de la familia actual multiforme, en este caso monoparental, que encuentra la protección jurídica plasmada en nuestra carta magna." (sic).

Enuncia las normas constitucionales que considera vulneradas, comenzando por el derecho a la salud contemplado en instrumentos internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional (art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales).

Sostiene que también se vulnera el principio de legalidad previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional porque resulta contrario a derecho no autorizar el procedimiento de reproducción humana asistida post mortem "cuando ningún anclaje normativo lo veda" (sic). Señala que el procedimiento está reglado por la Ley Nacional N° 26862 de Reproducción Médicamente Asistida a la cual la provincia de La Pampa adhirió por Ley N° 2737 y que se reglamentó mediante Decreto N° 301/14 del Poder Ejecutivo Provincial.

Transcribe el artículo 2° de la ley nacional citada y afirma que prestó y presta consentimiento informado para la implantación del embrión criopreservado resultando irrelevante el consentimiento de su pareja fallecida porque "a partir de su muerte dejó de ser sujeto de derechos, por otra parte, teniendo en cuenta, que la existencia de la persona comienza desde la concepción, y en este caso, va a ser posterior al fallecimiento de su progenitor, por ende no tiene derechos sobre su acervo hereditario, por no haber sido concebido cuando vivía su progenitor." (sic).

Se expone sobre la procedencia de la acción de amparo, funda en derecho y cita jurisprudencia.

La jueza a cargo del juzgado del Fuero del Menor y la Familia en el que se radicó la causa se declaró incompetente invocando a tal fin la ley provincial de amparo y la causa recayó en el juzgado a mi cargo.

Dispuesto mi avocamiento ordené que, previo a cualquier otro trámite, se acompañara el acto administrativo definitivo emitido por el Instituto de Seguridad Social ya que, hasta ese momento, parecía no haberse dictado.

Y así fue que con fecha posterior a esa resolución judicial el directorio del Instituto de Seguridad Social dictó la resolución N° 1003/15 mediante la cual dispuso "No hacer lugar al reconocimiento y anticipo de la prestación transferencia de espermatozoides criopreservados solicitada por la afiliada n° ... C. V. A [...]" (sic).

Una vez expresada la voluntad del organismo administrativo del cual depende la obra social, se corre traslado de la demanda y se presentan los Dres. P.G., M.G. y H.T. en representación del Instituto de Seguridad Social de la Provincia de La Pampa y contestan demanda. Comienzan haciendo una distinción que consideran "a todas luces indispensable" entre la primera práctica autorizada y brindada por la obra social a la demandante y su pareja y la segunda sólo requerida por ella.

Explican que en la primera el Directorio del Instituto de Seguridad Social autorizó el ingreso al Programa de Fertilización

Asistida por entender que era ajustado a derecho y agregan "Ello así por cuanto se trataba de una pareja heterosexual, unida de hecho, imposibilitada de procrear – con diagnóstico: importante disminución de la reserva ovárica de la Sra. A.-" (sic)

Dicen que el SEMPRES resolvió el ingreso de la pareja al programa mencionado y que cubrió todos los gastos de la práctica de fertilización asistida.

Refieren que luego del resultado negativo de la primera práctica la señora A. solicitó la cobertura integral de la prestación de "Inseminación asistida post mortem, con ovodonación" y opinan que la cuestión genera múltiples facetas jurídicas, sociales, éticas y de índole moral que merecen una mayor amplitud de debate y prueba.

Entienden que la interpretación jurídica del caso en discusión excede el análisis parcial formulado por la actora. Consideran que con la voluntad del señor C. expresada en su oportunidad no puede suplirse "el nuevo consentimiento" (sic) que expresamente requiere la ley para la nueva práctica.

Aseguran que si el derecho de fondo no contempla el supuesto de fertilización post mortem la obra social no puede prestar su cobertura.

Refutan la pretendida vulneración de los derechos de la accionante a la salud y a ser madre proyectando su propio plan de vida, con el argumento de que los mismos se ven garantizados por las alternativas que la nueva legislación brinda "específicamente a través de la posibilidad de la donación anónima de gametos (óvulos y esperma). Por lo cual esta obra social garantizará sus derechos cuando los procedimientos requeridos se enmarquen en las posibilidades que la ley otorga." (sic).

Manifiestan que no existió ilegalidad ni arbitrariedad en el obrar de su representada ya que la cobertura requerida por la afiliada no encuentra regulación en el andamiaje jurídico vigente en nuestro país, pues no ha sido contemplado por el legislador nacional como una situación fáctica merecedora de tutela jurídica.

Concluyen que su representada no vulneró ningún derecho de la actora, ya que no se negó a brindar atención a su salud sino que se limitó a expresar –a través de la Resolución N°1003/15- los motivos por los cuales la fecundación post mortem resulta improcedente.

A fs. 61 se decreta la cuestión como de puro derecho, y en los términos del art. 342 in fine del CPCC la actora reitera los fundamentos de su pretensión y destaca la injusticia que implicaría tener que recurrir a las alternativas que la legislación prevé –como la donación anónima de gametos-, cuando hay embriones generados con gametos de su pareja que falleció de forma imprevista y con quien pensaban dar a luz a un hijo fruto del amor.

Fracasada la audiencia de conciliación celebrada, a fs. 93 pasaron los autos a despacho para el dictado de sentencia y, Considerando: La obra social de los empleados de la Administración Pública provincial (Servicio Médico Previsional –SEMPRE-, dependiente del Instituto de Seguridad Social) denegó a una afiliada, incluida en el programa de reproducción asistida, la cobertura de la transferencia de embriones criopreservados, obtenidos mediante un procedimiento de reproducción asistida con empleo de material genético de su conviviente y óvulos de donante.

El motivo del rechazo fue que la cobertura de la transferencia de los embriones se solicitó después del fallecimiento del conviviente de la afiliada.

La denegatoria, por lo menos formal, de la prestación de la obra social fue posterior al inicio de la presente acción de amparo a la cual la afiliada recurrió ante la falta de respuesta al reclamo administrativo realizado.

De acuerdo a la documental acompañada, el día 9 de febrero de 2015 la señora A. solicitó por nota que se diera cobertura a la práctica médica de transferencia de embriones criopreservados, el 11 de febrero se elevó el pedido a la gerencia de prestaciones y el 18 de ese mes dictaminó la gerente de prestaciones.

El amparo se inició el 22 de junio, cuando la obra social no se había expedido aún sobre la prestación que venía reclamando la afiliada desde el mes de febrero y para la cual había solicitado "muy urgente trámite" (ver fs. 21).

En atención a esa circunstancia es que en la demanda únicamente se atacaron los argumentos expuestos en el dictamen negativo (a los intereses de la actora) elaborado por la gerencia de prestaciones y no los de la resolución denegatoria posterior.

En ese acto administrativo dictado por el directorio del Instituto de Seguridad Social (ente autárquico de la Administración) se rechazó la cobertura de la transferencia de embriones pretendida sobre la base de los siguientes argumentos: a) la petición no se encuentra regulada en la Ley Nacional 26.862 ni en su decreto reglamentario que no contempla la realización del tratamiento con uno de los progenitores fallecidos; c) la Convención de los Derechos del Niño en su art. 7 inc. 1 alude a que el niño tendrá derecho "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" y en este caso el niño o niña por nacer carecerá de la posibilidad de ser cuidado por su papá; d) el fallecimiento del señor C. truncó la posibilidad de que retractara el consentimiento oportunamente prestado e impide conocer si la voluntad procreacional que manifestó al prestar consentimiento para la criopreservación de gametos continua vigente "teniendo en cuenta las constantes desavenencias y vaivenes que surgen en toda relación personal intersubjetiva" (sic); d) esa imposibilidad influye sobre los derechos del niño por nacer, ya que de autorizarse la práctica solicitada desconociendo "cuál sería el estado actual de la voluntad procreacional que el progenitor en vida manifestó" (sic) se estaría privando al niño/a por nacer de uno de los pilares esenciales para su desarrollo, cual es tener un padre que ejerza todos los derechos y deberes provenientes de la responsabilidad parental." (sic);

La cuestión sometida a decisión judicial por vía de la presente acción de amparo es la legalidad (o ilegalidad) de la decisión de la obra social demandada de negar cobertura a la transferencia de embriones obtenidos mediante de un tratamiento de reproducción humana asistida a favor de una afiliada porque su conviviente y aportante de gametos, falleció antes de la implantación sin manifestar su previo consentimiento para la realización de esa práctica.

La situación se ha generado porque, a diferencia de lo que ocurre en la procreación por medios naturales, cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) el tratamiento comienza en un momento y la implantación del embrión se hace en otro, con lo cual es posible que en el lapso que hay entre uno y otro ocurran distintas contingencias.

En este caso falleció de uno de los integrantes de la pareja después del fracaso de la primera transferencia de embriones y habiendo seis más criopreservados la mujer solicitó una nueva transferencia.

Previo a avanzar en el análisis de los motivos por los cuales la obra social denegó la cobertura de la práctica solicitada por la afiliada corresponde aclarar que lo que está en discusión en este proceso es la cobertura de la transferencia de embriones criopreservados durante un proceso de reproducción humana asistida y no los gametos de una persona fallecida. La aclaración resulta pertinente porque al denegar la prestación la obra social aludió reiteradamente a la criopreservación de gametos -semen específicamente- (ver considerandos 4º y 6º de la Resolución agregada a Fs. 41) y resolvió no hacer lugar "al anticipo de la prestación transferencia de espermatozoides criopreservados solicitada por la afiliada nº ..., C. V. A. " (resolución Nº 1003/15), cuando la prestación requerida era la cobertura de la implantación de los embriones que sí permanecían en ese estado, tal como consta en el informe elaborado por PROCREARTE acerca de la práctica de reproducción asistida de la pareja A.-C.

En el expediente interno de la demandada, aportado como prueba a este proceso, se puede consultar el informe elaborado por el establecimiento citado, en el que hace saber que de los ocho ovocitos fertilizados dos se transfirieron el 22 de agosto de 2014 y seis se criopreservaron (ver fs. 13). La confusión acerca de la prestación pretendida ha llevado, indudablemente, a la asimilación de situaciones que no tienen parangón, al menos desde la posición asumida por la obra social demandada acerca de la naturaleza del embrión no implantado. Me explico.

Cuando se debate acerca de la fertilización post mortem se distinguen dos situaciones: la transferencia post mortem de embriones y la fecundación post mortem de gametos criopreservados. En el primer caso la decisión que se adopte depende de una previa toma de posición en torno al status jurídico del embrión humano no implantado, concretamente si se lo considera persona o no, en cambio en el segundo esa posibilidad no se

presenta.

La investigadora Agustina Pérez explica que quienes adoptan una postura contraria a la fertilización post mortem se oponen a su realización cuando se trata de material genético preservado, pero no en aquellos casos en que existen embriones, justamente porque los consideran persona. (conf. "Fertilización post mortem: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país" 2014-03-19; SJA 2014/03/19; JA 2014-I).

La autora citada ejemplifica con la opinión de un jurista como Sambrizzi, para quien habría que prohibir la fecundación post mortem, para destacar que "utiliza el término fecundación post mortem aludiendo a los casos en que, luego del fallecimiento el óvulo de la mujer es fecundado con el semen del premuerto y no cuando el embrión ya ha sido creado previamente. Así, en el primer caso, debería estar prohibido, en tanto en el segundo no." (ídem). El autor citado lo explica así: "Es a nuestro juicio indiscutible que el supuesto de la fecundación post mortem se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de un persona fallecida. Lo que no es así, en cambio, en el caso de la implantación en la mujer de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón, por fecundación de un óvulo de aquella con semen de éste último, en tal caso la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte." (Sambrizzi, Eduardo A., "Fecundación 'post mortem'", LA LEY, 2012-A, 850). Francisco A. Ferrer, también desde una posición contraria a la fecundación post mortem, distingue tres técnicas distintas que pueden llevarse a cabo después del fallecimiento del hombre del cual provienen los gametos: "1) La fecundación post mortem que se practica con semen congelado del marido o compañero prefallecido, quien entregó previamente sus células germinales a un banco de gametos. Generalmente ocurre antes de un tratamiento terapéutico que le ocasiona la pérdida de la capacidad procreativa. Posteriormente fallece y la viuda o compañera se empeña en hacerse fecundar con ese semen. 2) Otra variante que suscita un rechazo generalizado se da cuando la mujer hace extraer el semen del cadáver de su marido o compañero reciente y luego se hace fecundar. 3) Y finalmente, la transferencia de embriones post mortem: el embrión concebido in vitro en vida de ambos progenitores es transferido al útero materno después de la muerte de su padre, supuesto que no genera las fuertes objeciones a que dan lugar las anteriores técnicas." ("La función del Derecho, las técnicas de procreación humana post mortem y el derecho sucesorio", J.A., 2004-II, 1147). Como se aprecia, la transferencia post mortem de embriones no merece mayores reparos de parte de quienes sustentan una postura contraria a la fertilización post mortem, presentándose como un supuesto en el que no hay controversia doctrinaria y tampoco judicial. Los precedentes judiciales sobre el tema muestran que los casos que se han llevado a decisión son los de transferencia post mortem de material genético, no los de embriones (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera Marisa y Llovera Nora, directoras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo II, p. 535, 1ª ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014).

En todos ellos se trató de la extracción compulsiva de semen y en todos se la autorizó. El primer caso sobre fecundación post mortem se presentó en Argentina en 1999, cuando un matrimonio español se encontraba de luna de miel en nuestro país, el marido falleció de un paro cardíaco y la mujer solicitó ante la Justicia local la extracción compulsiva de semen para realizarse un tratamiento de fertilización asistida. Se hizo lugar a su petición considerando el Principio de clausura ("ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", Art. 19 CN) Un caso similar aconteció doce años más tarde, cuando una mujer se presentó ante el Tribunal de Familia N° 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires, para que se le autorizara la utilización de material genético de su marido fallecido en medio del proceso de TRHA que estaban realizando.

En la sentencia dictada, la Jueza señaló que si bien la mujer podía recurrir a un donante anónimo de gametas masculinas, gracias a los avances científicos era posible tener el hijo que había planificado junto a su marido. Otro antecedente nacional data de diciembre de 2012, cuando a la viuda de una de las víctimas de la tragedia de Flores (ocurrida en septiembre de 2011), se le autorizó la extracción compulsiva de semen a su difunto marido para su posterior utilización mediante TRHA (la jurisprudencia citada se encuentra reseñada por Agustina Pérez en "Fertilización post mortem: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país" 2014-03-19; SJA 2014/03/19; JA 2014-I).

Las decisiones judiciales citadas evidencian una tendencia en la jurisprudencia argentina proclive a posibilitar la fecundación post mortem en supuestos que son mucho más controversiales que el que aquí se trata. Véase que

en dos de los casos reseñados no hubo siquiera aporte voluntario de gametos de parte de la persona luego fallecida (como sí en el tercero), sino que éstos fueron extraídos del cadáver para la posterior fecundación. Pero tales antecedentes no parecen haber sido tenidos en cuenta por la obra social que, sobre la base de argumentos esgrimidos por un sector de la doctrina contraria a la fecundación post mortem de gametos criopreservados, se opuso a dar cobertura a la transferencia de embriones, cayendo en una insalvable contradicción.

Asumiendo que había un "niño por nacer" la obra social consideró que si autorizaba la práctica solicitada lo privaría de "uno de los pilares esenciales para su desarrollo, cual es tener un padre que ejerza todos los derechos y deberes provenientes de la responsabilidad parental" y para evitarlo optó por la más extrema de las soluciones, negar la cobertura de la implantación e impedir que naciera.

La contradicción es evidente, pues si se entiende que existe vida desde la fecundación ningún argumento puede sostener válidamente la oposición a que esa vida se desarrolle a través de la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer. Además, se dio por sentado que el embrión obtenido a través de una fecundación asistida es persona siendo que si bien el status jurídico de éste es un tema en discusión, en el sistema interamericano de derechos humanos esa discusión está actualmente zanjada por la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al art. 4º.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que consideró que en ese caso la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión. ("Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", 28 de noviembre de 2012).

Es doctrina de nuestra Corte Suprema que en el control de convencionalidad de las normas jurídicas internas en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos se debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (causa "Mazzeo", fallos 330:3248), de modo que, existiendo una pauta jurisprudencial de ese tribunal internacional no puede ignorársela al momento de resolver. Lo mismo ocurre con la familia monoparental, que la obra social presenta en su denegatoria como una desdicha a la que se condenaría al "niño por nacer", sin reparar en que la Argentina fue condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una causa en la que expresamente ese tribunal internacional con remisión a la Opinión Consultiva 17/02 recordó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma e hizo una referencia concreta a las familias monoparentales afirmando que no hay nada que indique que no pueden brindar cuidado, sustento y familia a los niños y que la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas. ("Forneron e hija vs. Argentina", 27 de abril de 2012). Frente al argumento de que el niño nacerá sin padre la doctrina ha recordado que el régimen de la adopción permite desde siempre en nuestro país la adopción unipersonal (De la Torre Natalia y Umán Nadia, "Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad", Derecho de Familia 2012-III, p. 122).

La obra social también ha opuesto reparos con fundamento en la Ley Nacional 26.862 al sostener que esa ley y su decreto reglamentario no contemplan la realización del tratamiento con uno de los progenitores fallecidos. Considerando jurídicamente reprobada la cobertura de la transferencia de los embriones que se generaron con los gametos de la pareja fallecida de su afiliada, con quien ésta tenía un proyecto procreacional común, ofrece costearle la fecundación con material genético de un donante anónimo. Ciertamente la situación no está expresamente considerada en la ley citada (a la cual la provincia de La Pampa adhirió por ley N° 2737) pero eso no significa que esté excluida y menos aún, prohibida.

El artículo 7º de la ley dispone que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad que preste su consentimiento informado. Es decir que cualquier persona puede ser beneficiaria con independencia de su sexo, de su estado civil, de que viva sola o en pareja, de su orientación sexual, de que pueda o no concebir naturalmente, etc., bastando únicamente con que sea mayor de edad y consienta la práctica. Ningún otro requisito impone la ley para ser beneficiario de la cobertura del tratamiento y tampoco lo exigió la obra social demandada al autorizar la realización de la primera práctica para la que solo requirió el consentimiento informado de la afiliada, tal como consta en el formulario obrante a fs. 13 y 14 de estos autos. El decreto reglamentario, a su vez, establece que el consentimiento informado sea prestado "por la

persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas" (art. 7º). El uso del singular en la norma confirma que para acceder a la cobertura no se exige estar en pareja y también pueden hacerlo las personas solas con gametos de un tercero.

Reitero, la obra social demandada cubrió la primera práctica, que incluyó la transferencia de dos embriones, sin más exigencia que el consentimiento de la mujer, proceder que se ajusta a la normativa citada, pero que se contradice con lo requerido para la segunda transferencia, para la cual sí la demanda pretendió el consentimiento del compañero con fundamento en las nuevas normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida contenidas en el Código Civil y Comercial, vigente desde el 1º de agosto de 2015.

La resolución denegatoria de la obra social no hizo referencia expresa al Código Civil y Comercial como fundamento de su decisión ya que al momento en que se tomó no había entrado aún en vigencia. Ello ocurrió días más tarde y antes de que la obra social contestara la demanda en la que aparece expresamente citado.

En esa pieza procesal los letrados de la obra social se explayaron acerca de la novedosa regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y de la "voluntad procreacional" como su fundamento.

Analizaron el art. 561 del Código Civil y Comercial y aseguraron que la diferencia entre la primera práctica, cubierta por la obra social y la segunda, denegada, estribaba en que la autorización para la inicial había sido requerida por ambos miembros de la pareja, en tanto, la siguiente solo por la señora A. "sin el consentimiento de quien aportaría los gametos, porque se trata de su concubino fallecido" (sic).

Se preguntaron cómo se podría determinar, con la certeza que requiere la nueva ley, que el causante tendría hoy la voluntad "constitutiva" (sic) para la nueva fertilización que se pretende y concluyeron que no se estaba frente a un mero formalismo exigido por la normativa jurídica sino ante la formulación de la voluntad que da comienzo a un nuevo vínculo filiatorio.

Como se aprecia, la preocupación de la obra social pasa por el hecho de que el fallecido no puede prestar su consentimiento para la implantación de los embriones y ello obstaría el surgimiento de un vínculo filial.

El tema es que se trata de cuestiones diferentes. Una es la cobertura de una práctica comprendida en un proceso de reproducción asistida como prestación debida por la obra social demandada de acuerdo a la ley de reproducción médicamente asistida y en las condiciones allí previstas y otra el emplazamiento filial del niño o niña que pudiera nacer con motivo de la transferencia de tales embriones.

La cobertura de las prácticas comprendidas en la reproducción médicamente asistida está regida por la ley 26.862, que como ya se dijo, no contempla expresamente el supuesto de la fecundación post mortem pero que tampoco lo prohíbe, por ende su privación no tiene fundamento legal y contraviene el principio de reserva de la ley consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

El emplazamiento filial derivado de una técnica de reproducción humana asistida, es una cuestión distinta, que no se puede considerar en este proceso en el que no hay una pretensión de emplazamiento filial. Es un tema que no integra el objeto de la pretensión deducida y que no puede ser entonces materia a decidir, lo cual es de toda lógica porque no ha nacido ningún niño cuyo emplazamiento filial pueda demandarse y si se lo hubiera hecho no sería una cuestión actual, sino meramente hipotética. Por otra parte, de haber habido una pretensión en tal sentido, la obra social no sería el legítimo contradictor, pues ningún interés tiene en la cuestión.

No obstante ello y en atención a los reparos que se pudieran hacer a la práctica pretendida en este caso con base en el art. 560 del Código Civil y Comercial creo necesario puntualizar que, más allá de que en este proceso no se esté discutiendo la filiación post mortem, entiendo que no existen razones para dudar de que voluntad procreacional expresada por el varón (ver fs. 82) sólo cuarenta y nueve días antes de fallecer imprevistamente (ver partida a fs. 22) se hubiera mantenido. Tampoco las hay para presumir que quien atravesó junto a su pareja el complejo proceso de una reproducción asistida, con las implicancias físicas y emocionales que ello conlleva, en pos de concretar un proyecto familiar común lo hubiera revocado en tan breve lapso.

En función de las consideraciones expuestas entiendo procedente la presente acción de amparo y resuelvo: I)

Hacer lugar a la demanda interpuesta por C. V. A. contra el Instituto de Seguridad Social – SEMPRES y condenar al mismo a otorgar a su afiliada, dentro del plazo de 10 días, la cobertura integral del proceso de reproducción humana asistida iniciado en el centro asistencial PROCREARTE. II) Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios de los Dres. M.A.R. y F.M.R. en forma conjunta en la suma de \$... y los de los Dres. P.G., M.G. y H.T., también en forma conjunta, en la suma de \$... — Fabiana B. Berardi.