

Voces: COBERTURA MEDICA ~ FECUNDACION POST MORTEN ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ INSEMINACION ARTIFICIAL ~ LEY DE REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA ~ OBRAS SOCIALES ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 3(JNCiv)(Nro3)

Fecha: 03/11/2014

Partes: K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/53958/2014

Hechos:

Una mujer promovió amparo solicitando se la autorice a retirar muestras de semen criopreservadas en un centro de criogenia, pertenecientes a su pareja fallecida, a realizarse un tratamiento de fertilización asistida con ellas y a que la obra social codemandada cubra el costo que demande la práctica. Sostuvo que su pareja, hoy fallecida, autorizó por escrito el retiro de las muestras y que el instituto que realizara la práctica le requirió la debida autorización judicial. El juez d primera admite el amparo.

Sumarios:

1. Un tratamiento de fertilización asistida con muestras de semen criopreservadas extraídas a una persona que luego falleció, debe considerarse una práctica permitida a tenor del art.19 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de derecho de que lo que no está prohibido está permitido, dada la inexistencia de una prohibición expresa por parte del ordenamiento jurídico.
2. Si el causante sólo autorizó la destrucción de las muestras de semen que le fueron extraídas para el caso en que no fueran retiradas por su conviviente, habiendo ocurrido esta última situación no existe óbice para autorizar la realización de un procedimiento de fertilización asistida en pos de inseminarse los gametos de quien fue su pareja y con quien había previsto formar una familia y depositar los gametos en una institución especializada en fertilidad humana.
3. La falta de regulación de la fecundación post mortem y sus requisitos formales, en el marco legal, constitucional y convencional vigente, no es óbice para que, acreditada la voluntad procreacional del fallecido para después de su muerte mediante un documento firmado a tal efecto, confeccionado en un centro médico de fertilización humana asistida, se confiera la autorización para la realización de un tratamiento de fertilización asistida en la persona de su conviviente.
4. Los amplios términos y previsiones de la Ley 26.862 -"Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"- permiten concluir que su exégesis no es otra que la de contemplar de manera integral todo tipo de práctica relacionada con la asistencia médica para la consecución del embarazo -arts. 1 y 8-, incluida la fecundación "post mortem".
5. La falta de acreditación de una imposibilidad de procreación por medios naturales causada por una enfermedad no impide admitir la cobertura a cargo de una obra social, pues la Ley 26.862 -"Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"- no limita su aplicación a esos supuestos y según su texto, la titularidad del derecho a la procreación es reconocida, con base en los principios de igualdad y de inclusión -arts. 16, 20, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional-, a "toda" persona humana.

Texto Completo:

1ª Instancia.— Buenos Aires, noviembre 3 de 2014.

Resulta: I. Que a fs. 30/41 se presenta J. V. K., por derecho propio y promueve demanda contra Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), Cryobank y Accord Salud. Respecto de la primera de las nombradas reclama que se la autorice a retirar las muestras de semen criopreservadas de C. G. V. y proceder a los tratamientos de fertilización asistida que sean indicados por sus médicos tratantes.

En cuanto a la segunda, reclama que se la autorice al retiro de las dos muestras de semen crioconservadas del nombrado. En relación con la tercera, pretende que se la condene a brindar cobertura integral del 100% del tratamiento de fertilización asistida que los médicos tratantes indiquen a la accionante durante todo el tiempo que sea necesario mientras sea posible alcanzar el embarazo, incluyendo la pretensión que dicha cobertura comprenda el costo hospitalario y/o sanatorial, internación, honorarios médicos, estudios, análisis, medicación y/o cualquier otro gasto que irrogue la práctica de inseminación artificial mediante los tratamientos de fertilización asistida que sean indicados por sus médicos tratantes en el IFER y/o institución de similares características y prestaciones que la reclamante solicite.

II. Explica que el 20 de septiembre de 2001 inició una relación sentimental con C. G. V., que en noviembre de ese año se transformó en convivencia, sosteniendo una pareja estable durante diez años.

Agrega, no obstante, que conoció al nombrado cuando ambos tenían 12 años y que fue su novia durante toda la adolescencia.

Refiere que durante la convivencia, en reiteradas oportunidades intentaron concebir un hijo con resultados negativos y es por eso que "hace poco más de un año comenzamos las averiguaciones para realizar tratamiento de fertilización asistida" (fs. 30vta.).

Refiere que, lamentablemente, a C. se le detectó metástasis de carcinoma epidermoide (cáncer de cabeza y cuello) y ello frustró toda posibilidad de comenzar los tratamientos de fertilización asistida ya que la quimioterapia que necesitaría volvería prácticamente inviábiles a los espermatozoides de su pareja.

Por ello —asevera— previendo la imposibilidad de engendrar un hijo naturalmente o por la vía de la fertilización asistida, en fecha 15 de abril de 2011 "decidimos acudir a un centro de criogenia para que allí se conservaran muestras de semen de C., para resguardarlas de las consecuencias que los rayos de quimioterapia transmiten al organismo y en especial a la calidad de los espermatozoides".

Refiere que luego de una intensa lucha por su salud C. falleció el 17 de noviembre de 2011 sin poder ver ambos cumplido "nuestro sueño de toda la vida". Añade que pese a ello, habían preservado los espermatozoides.

Afirma que cuando acudieron al centro de criogenia Fecunditas, C. suscribió un contrato para la crioconservación de espermatozoides, en el cual se autorizó a la demandante a retirar las muestras de semen en caso de que ocurriera el fallecimiento con la clara voluntad —aduce— de que se inseminara a la actora con posterioridad a ese evento.

Asevera que las muestras fueron conservadas durante 13 meses en dicho centro hasta que el 4 de julio de 2012 las trasladó a otro centro (Cryobank), donde están actualmente conservadas. Explica que transcurrido un año del fallecimiento de C. ha decidido realizarse el tratamiento de fertilización asistida en el Instituto de Ginecología y fertilidad IFER "aquí demandado por autorización judicial a su expresa solicitud" (fs. 31, cuarto párrafo). Sobre este pedido de autorización judicial afirma que los médicos tratantes de IFER le dicen que es viable la utilización del semen crioconservado, pero que dado que están conservados en Cryobank, todo destino que no sea la destrucción de las muestras debe ser autorizado judicialmente.

Y añade que si bien la última de las nombradas le permite el retiro de las muestras, le informa que debe contar con autorización judicial para la inseminación y "en tal sentido se lo demanda" (párrafo séptimo de fs. 31).

Acompaña un certificado médico expedido por un facultativo en el que solicita autorización judicial para descongelar las muestras de semen de que se trata para futuros tratamientos de fertilidad y señala que no hay obstáculo legal alguno que impida la autorización del tratamiento porque —refiere— no hay ley que regule ni prohíba la cuestión y porque —argumenta— lo que no está prohibido está permitido.

Argumenta las razones por las cuales considera viable el requerimiento, tanto respecto de la autorización que se pretende como de la cobertura integral del tratamiento, alegando sobre este aspecto de la petición que es de profesión veterinaria, que el costo de las técnicas a la fecha de promoción de la demanda (23/11/2012) asciende a \$28.000, al que califica de sumamente elevado para sus posibilidades.

Expresa que entiende que es una obligación de la empresa de medicina prepaga y considera que el amparo es la única vía posible y correcta para solicitar cuanto aquí se requiere. Formula extensas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales, dedica un capítulo de la pieza liminar para sustentar la petición en calidad de medida autosatisfactiva, ofrece prueba, funda en derecho la pretensión y requiere que se haga lugar a todo lo peticionado.

Vale agregar aquí que la pieza de demanda se encuentra suscripta por P. C., quien denuncia ser madre de C. V. y presta conformidad y ratifica todo lo solicitado por la peticionaria.

III. Que las constancias de fs. 42 a 62 dan cuenta de un conflicto negativo de competencia oportunamente planteado entre la Justicia Civil y Comercial Federal y la Justicia Civil, que fue resuelto por la Cámara del primero de los fueros mencionados en el sentido de que debía intervenir este juzgado en la tramitación de los autos.

Luego, a fs. 62 se confiere vista al Ministerio Público Fiscal para que se expida sobre la vía elegida y la materia involucrada, que se cumple a fs. 63/64, habiendo opinado el Sr. Fiscal interviniente en el sentido de que la vía es idónea para la dilucidación de los derechos constitucionales que la actora estima vulnerados.

III. Que a fs. 65/68 se decide —mediante providencia que se encuentra firme— denegar la medida autosatisfactiva solicitada en la pieza de inicio y se dispone que los presentes actuados deben tramitar por la vía del proceso sumarísimo.

IV. Corrido el traslado de rigor, a fs. 89 se presenta el Instituto de Ginecología y Fertilidad S.A., mediante apoderado, quien luego de explicar los fines de la institución que representa, expone que su mandante sólo provee un espacio físico —consultorio— a cada uno de los médicos que allí atienden, limitándose a tareas científicas y de laboratorio respecto a los análisis y diferentes pruebas que requieran los pacientes a indicación del profesional tratante y tiene a su cargo la emisión de facturas y recibos por los servicios que aquéllos prestan a pacientes de entidades de medicina prepaga, facilitando administrativamente la papelería necesaria para su desempeño en el ámbito del instituto, utilizando los membretes de la presentante. Y aclara que los recibos, facturas, recetas y prescripciones corren por cuenta del profesional pertinente.

En ese marco, refiere que la emplazada suscribió contratos de locación con los médicos que prestan servicios en el edificio en el que funciona la institución. Ello ocurrió —refiere— respecto del Dr. R. I., quien habría sido el médico que atendió a la actora en el proceso de fertilización descrito en la demanda, con quien se firmó el contrato que se acompaña a la pieza de responde.

Deja en claro que, desde su punto de vista, el instituto no reconoce responsabilidad alguna por la actividad desarrollada por el médico locatario en el ámbito del consultorio arrendado.

Asimismo, sostiene que de la documentación acompañada surge que el profesional médico interviniente antes mencionado es quien habría solicitado la autorización judicial para descongelar las muestras de semen crioconservadas de que se trata.

Por ello entiende que no corresponde dirigirse a su parte para cualquier comunicación relacionada con el pedido de la actora ni para considerarla codemandada y que tampoco corresponde la imposición de costas de naturaleza alguna.

A todo evento, ofrece prueba, solicitando la declaración testimonial del nombrado Dr. I. y la documental que allí se menciona.

V. Que a fs. 96/98 se presenta, mediante apoderado el Sr. R. J. O., director médico de "Cryobank", denominación que —según refiere— en el nombre de fantasía del banco de semen, del que el mandante es único titular. Refiere que Cryobank en ningún momento expresó oposición a la entrega de la muestra de semen crioconservada del Sr. V.

Agrega que lo que requiere la presentante a los fines de hacer efectiva la pretensión de la actora, es cubrir la responsabilidad médica del Dr. O. y del instituto que encabeza, mediante la expedición y recepción de expresa orden judicial de hacer entrega de las muestras en cuestión, indicándose a quién deben ser entregadas y el

mecanismo de esa entrega.

Ello con intervención de un oficial de justicia y respetándose los protocolos correspondientes para la entrega sin mella de las dos muestras criopreservadas que se encuentran en el banco de Cryobank. Además, reconoce que la entrega de las muestras tuvo ocasión el 4 de julio de 2012, el documento que refiere al consentimiento informado para el traslado de las muestras de semen criopreservadas de esa fecha y desconoce el resto de la documentación acompañada en la demanda.

Se expone sobre la necesidad del requerimiento de orden judicial, haciendo especial inflexión en la circunstancia de que la fecundación post mortem no está legislada en la Argentina, ni se encuentra contemplada en la reciente ley sobre fertilización asistida sancionada en junio de 2013.

Y afirma, entre otras consideraciones de derecho comparado, que las leyes provinciales que tienen por objeto garantizar la cobertura integral de tratamiento de fertilidad tampoco receptan los tratamientos de fecundación post mortem entre sus lineamientos. Asimismo, valora como razonable que en un país en el que no está legislada la práctica de que se trata, los profesionales y las instituciones tomen recaudos de diligencia necesarios para evitar futuros conflictos.

También describe eventuales conflictos jurídicos relacionados con la cuestión y explica que las manifestaciones de la actora sobre vínculos y consentimientos invocados son ajenos a Cryobank y manifiesta que su parte carece de interés en la materia a juzgar, salvo en lo atinente a la salvaguarda de su responsabilidad.

En suma, manifiesta que la cuestión de autos es ajena al instituto, que no es su intención realizar un juicio de valor ético, aunque con el alegado propósito de aportar lineamientos que puedan ilustrar al órgano judicial, enuncia criterios sobre la cuestión adoptados por el Comité de Ética de ASRASM (American Society of Reproductive Medicine), publicado en 2013 y por ESHRE (European Society for Human Reproduction and Embryology) y por SAMER (Sociedad Argentina de medicina reproductiva). Insiste en la necesidad de que se indique expresa y precisamente a quien entregar las muestras de semen ante la inexistencia de una ley marco sobre el particular y reitera su ausencia de oposición con la práctica, aunque con la sola condición del requerimiento de orden judicial expresa, que en el caso de la firmante de la pieza de responde es el cumplimiento de una orden de entrega para salvaguardar de su responsabilidad.

Asimismo, solicita que, independientemente de la suerte de la pretensión, se la exima de costas por la ajenez de la cuestión a su respecto y por la ausencia de oposición.

VI. Que a fs. 106/111 se presenta Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación y contesta la demanda impetrada. Niega pormenorizadamente los hechos expuestos en la demanda y la totalidad de la documentación acompañada por no haber emanado de su parte. Expresa que aun cuando se considerara que el Sr. V. firmó el contrato acompañado en la demanda, la lectura de la cláusula no permite interpretar su inequívoca voluntad respecto del tratamiento de fertilización asistida solicitado por la accionante, pues —esgrime— el nombrado se limitó a convenir que en el supuesto de que se produjera su muerte "su cónyuge se encontraba meramente autorizada a retirar su muestras".

Y agrega que la misma cláusula también prevé la posibilidad de descartarlas, "no habiéndose establecido orden de prevalencia respecto de la una y la otra", expresando y reiterando que el derecho de procreación del causante es insustituible y que no puede presumirse ni extenderse la supuesta voluntad de V. al deseo de la accionante de formar una familia.

Argumenta que si bien el nombrado autorizó y consintió la criopreservación de sus gametos, correspondería entender que la manifestación de su deseo lo incluía a él como parte integrante de esa futura familia y que no se presume que el padre quiera desde el principio un hijo huérfano dada la gravedad que ello implica para el eventual niño, cuyo interés superior corresponde considerar. También señala que podría argumentarse que el contrato suscripto con el Centro Fecunditas se encuentra extinguido "toda vez que habiéndose retirado las respectivas muestras puede reputarse cumplido el objeto del mismo".

Y agrega que "en concordancia con lo expuesto, no corresponde hacer extensivas las cláusulas allí pactadas

con el nuevo instrumento que celebrara la accionante con Cryobank.

Asimismo formula consideraciones legales y jurisprudenciales en orden al rechazo de la demanda que propugna, particularmente respecto de un tratamiento de fertilización que no se encuentra regulado y cuya cobertura no le resulta exigible a la emplazada.

Ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda, con costas a la actora. VII. Que a fs. 113 la actora manifiesta que endereza la demanda contra Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación y que se la tenga por contestada con la pieza referida en el resultando precedente, requerimiento al que se accede a fs. 114.

VIII. Que a fs. 117 la actora desiste del demandado genérico y a fs. 118 se convoca a las partes a la audiencia que prevé el art. 360 del Cód. Procesal, que se lleva a cabo conforme surge del acta agregada a fs. 128 y ante la imposibilidad de arribar a una conciliación, se ordena la producción de las pruebas allí ordenadas, sobre cuyo resultado informa el certificado del Actuario agregado a fs. 191/192.

IX. Que a fs. 194 el Sr. Defensor de Menores solicitó entrevistar a la accionante y a fs. 198 obra un acta de la que surge la concreción de esa entrevista y que a instancias del dicho magistrado la Sra. K. manifestó que las muestras de semen del señor C. V., crioconservadas en Fecunditas fueron trasladadas a Cryobank a instancias del ginecólogo de la reclamante, Dr. D., quien le sugirió que se contacte con el Dr. I., médico que se desempeña en el IFER, toda vez que ambos profesionales se conocen entre sí y que IFER y Cryobank se encuentran vinculadas. Asimismo, requerida que fue la actora sobre la situación patrimonial y hereditaria del Sr. C. V., manifestó que su padre, el Sr. S. V., falleció con anterioridad a aquél y que, a su entender, no se ha iniciado expediente sucesorio por la muerte del Sr. V.

A su vez indicó que la madre del Sr. C. V. y un hermano mayor de éste aún viven. En cuanto a los bienes, la reclamante señaló que según su conocimiento el Sr. V. no tendría bienes de su titularidad pero que sabe acerca de la existencia de una casa perteneciente a los padres del difunto.

Asimismo, a fs. 199 el Sr. Defensor de Menores e Incapaces solicitó que se confiera intervención a la Academia Nacional de Medicina y a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, requerimiento al que se opuso la accionante y fue desestimado mediante providencia firme de fs. 206.

X. Que a fs. 206 se dictó una medida para mejor proveer, que fue cumplida conforme surge de las constancias de fs. 211/212.

XI. Que a fs. 216 dictaminó el Sr. Defensor de Menores y a fs. 219/223 lo hizo el Sr. Fiscal de Primera Instancia.

XII. Que a fs. 224 se dictó la providencia de autos para sentencia, que a la fecha se encuentra consentida.

Considerando: 1. En forma liminar corresponde señalar que a tenor de las vicisitudes procesales reseñadas, la demanda de autos ha quedado dirigida contra R. J. O., en calidad de director médico de Cryobank en relación con la autorización del retiro de las muestras de gametos crioconservados de C. G. V. por parte de la peticionaria a los efectos de su inseminación en la persona de la reclamante.

Es que, se encuentra acreditado con la declaración testimonial del Dr. I., brindada a fs. 167, que IFER alquilaba un consultorio al deponente —firmante del documento de fs. 9— y que a pesar de que, como se menciona en la pieza de responde de fs. 89/90, este instituto proveería de papelería a los médicos que allí prestan sus servicios, no podría ser objeto de una sentencia de condena, ni surge de la pieza de demanda ni de las constancias de autos que se hubiese negado a la realización de la práctica cuya autorización persigue la actora. Asimismo, la demanda ha quedado en pie contra Obra Social Unión Personal de la Unión de Personal Civil de la Nación en relación con la orden de que se obligue a la nombrada a la cobertura integral del tratamiento necesario para el logro de ese cometido.

El primero de los nombrados (Dr. O.) no se opone a lo solicitado, aunque destaca que es necesaria una orden judicial con fundamento en que en nuestro país no se encuentra legislada la fecundación post mortem y no ha sido

abordada en la ley sobre fertilización asistida sancionada en junio de 2013.

Y afirma que en ese contexto es razonable que las instituciones y profesionales que se ocupan de las prácticas de fertilización asistida tomen recaudos de diligencia necesarios para evitar futuros conflictos.

En cuanto a la institución de salud mencionada, la Obra Social demandada, por los diferentes fundamentos vertidos en la pieza de responde, se opone al requerimiento formulado por la peticionaria.

El Sr. Defensor de Menores e Incapaces entrevistó a la peticionaria (ver fs. 198/199) y solicitó el dictado de algunas medidas que no tuvieron andamio (ver fs. 206). Más luego, a fs. 216 y vta., señaló que aun cuando no se autorizara la práctica de que se trata, si se realizara y fuera exitosa, el niño gozaría de los mismos derechos intangibles de cualquier otra criatura y valoró que recién entonces nacería la legitimación de ese Ministerio, por lo que se abstuvo de emitir dictamen en el marco de esos actuados.

Por otra parte, a fs. 219/223 la Sra. Fiscal interviniente sostuvo que los gametos humanos en su funcionalidad deben ser considerados en el ámbito de los derechos personalísimos y opinó, entre otras consideraciones, que no existe manifestación alguna del causante en el sentido de que sus gametos sean utilizados para la concepción de un niño, ni durante su vida ni después de su muerte.

Asimismo, valoró que la existencia de un consentimiento explícito por parte del portador del esperma debe ser categórica, sea mediante escritura pública, testamento o cualquier otro medio que permita tener por fehacientemente acreditado que la voluntad del causante habría sido la de tener descendencia y agregó que el silencio no puede ser suplido por otro medio de prueba, ni por autorización judicial.

Finalmente, sostuvo que al tratarse de un caso de fecundación post mortem, aun cuando se acreditara el consentimiento, cabría analizar su validez después de su fallecimiento pues en función de que se trata de un derecho subjetivo cesa con el fallecimiento de su titular.

2. La autorización judicial solicitada: Establecido ello, es preciso mencionar que se encuentra fuera de discusión la vía abordada por la amparista a los efectos solicitados en la pieza liminar, a cuyo efecto y en homenaje a la brevedad doy por reproducidos y hago míos los conceptos vertidos por el Sr. Fiscal en el dictamen de fs. 50/51.

3. También está fuera de discusión que C. G. V., en el documento cuya copia luce a fs. 211 celebró un contrato para la crioconservación de esperma ante "Fecunditas", identificada en la parte superior de ese contrato como un centro de "medicina reproductiva de alta complejidad".

Es que, requerida que fue dicha institución para que se expida sobre la autenticidad de la copia acompañada a fs. 11, a fs. 212 contestó que el documento que en fotocopia se adjuntara se corresponde verosímelmente con su original obrante en poder de la informante, siendo menester destacar que agregada y puesta en conocimiento la contestación mediante la providencia de fs. 213, dicha información no mereció objeciones por parte de los interesados. En el mencionado documento, fechado el 15 de abril de 2011, el Sr. V. encomendó a la mentada institución la criopreservación de semen (cláusula primera), en la cláusula tercera se estableció que aquél podría dejar sin efecto el contrato, en cuyo caso, Fecunditas se obligaba a seguir sus instrucciones acerca del destino a dar al esperma criopreservado o a reintegrárselo en forma personalmente exclusiva.

Mediante la cláusula quinta se previó que la restitución del esperma criopreservado sería realizada, en su caso, única y exclusivamente al Sr. V. dentro de las 24 horas de que el mismo manifieste su voluntad al respecto. Además, en la cláusula sexta de ese documento se asentó: "En el supuesto que se encontrara impedido de reclamar las muestras por incapacidad o fallecimiento, el Sr. V. C. A) expresa su conformidad para que las muestras sean retiradas por su cónyuge, Sra. K. J. ... o quien acredite serlo en forma legal y fehaciente, a la fecha de su deceso o por heredero legalmente declarado y autorizado a tal fin, (o) B autoriza a Fecunditas para descartar las muestras".

4. En oportunidad de la audiencia preliminar la requirente manifestó, a instancias del tribunal, que ratificaba la voluntad de que los gametos de C. V. fueran inseminados en su persona mediante el procedimiento de fertilización asistida. Asimismo, requerida que fue para que manifieste si sabía por qué razón en el documento de fs. 11,

cláusula sexta, a pesar de la conformidad expresada para que la actora retire las muestras de esperma de C. V. para el caso de incapacidad o fallecimiento, no se dejó expresa constancia de destinar dichas muestras a un tratamiento de fertilización post mortem y si sabe si C. intentó hacerlo antes de su fallecimiento, contestó: "Pensamos en ese momento que con eso era suficiente para realizar la inseminación post mortem".

Además, requerida que fue sobre su punto de vista, en caso de resultar exitoso el tratamiento, sobre las proyecciones de vida de la persona que nazca producto de dicho tratamiento y las suyas propias, la accionante manifestó que desea el éxito del tratamiento "con toda su alma", que piensa brindar a su hijo, en caso de ser exitosa la experiencia, todo aquello que necesite, sabiendo y siendo conciente de la atipicidad de la cuestión".

Además refirió "nosotros en reiteradas veces buscamos el embarazo y el proyecto se vio truncado porque él se enfermó".

5. A fs. 162 obra la declaración testimonial de M. F. C., quien conocía a la actora y a V. "desde hace siete años", y declaró que hasta el fallecimiento del nombrado, la actora y C. vivieron juntos, estimando que "habrán estado juntos unos once años".

La mencionada testigo afirmó que sabe que "ellos" —refiriéndose a V. y la actora— querían tener hijos antes de la enfermedad de C. por las vías normales y después le contaba mis experiencias con los tratamientos y de hecho "yo sé que él preservó muestras de semen para utilizarlas en tratamientos de fertilidad, la enfermedad de C. se presentó muy rápido y lamentablemente y fue durísimo el proceso y durante él estaba con quimioterapia no se podía (podían) preservar muestras ...y lo sé por experiencia propia porque cuando mi marido va a hacer lo mismo o sea a entregar las muestras hay todo un proceso en el cual no se puede ingerir medicación o ser sometido a tratamientos con rayos o medicaciones, o sea que como hubo como un intervalo que él estuvo mejor volvieron a intentar el embarazo y volvieron a preservar las muestras esto será entre el 2010 que se enfermó y su fallecimiento a fines de 2011".

Requerida que fue la testigo sobre si sabe acerca de cuál era la voluntad de C. G. V. respecto de la utilización de las muestras de semen en caso de fallecimiento, la testigo contestó: "A mi me consta que C. quería ser padre y me consta que las preservó para utilizarlas para tratamientos y él también sabía que se moría", manifestando que le consta porque "lo hemos hablado con C."

A fs. 164 prestó declaración M. S. P., vecina de la actora, a quien dijo conocer desde hace diez años.

La deponente no recordó exactamente desde cuánto tiempo convivieron la actora y su pareja, aunque expresó "cuando yo la conocí estaban de novios y después se fueron a vivir juntos".

Afirmó que la pareja tenía un proyecto de formar una familia y tener hijos, que "después me enteré que se había enfermado (C.) y por esa situación habían llegado a pensar en preservar semen porque él estaba realizando un tratamiento por su enfermedad y como naturalmente no habían podido concebir se reservaba para realizarlo mediante una técnica científica".

Al ser interrogada sobre si sabía cuál era la voluntad de C. con respecto al destino de las muestras después de su fallecimiento, la testigo contestó: "en realidad tengo entendido que si él fallecía tenía la voluntad de poder utilizarlas para poder tener un hijo, esto lo hablamos con los dos y me comentaron que estaban pensando en esta posibilidad para poder cumplir su sueño de poder tener un hijo".

A fs. 165, declaró C. F. V., también vecino del barrio, que dijo conocer a la actora "hace mucho, serán 15 años", que vivía con el novio, que se llamaba C.

Y declaró que sabía que estaba realizando tratamientos para tener hijos y dijo saberlo porque se lo comentaron pero aclaró que "no hablé mucho del tema". También dijo conocer, por comentarios de C. y de la actora que se preservaron muestras de semen, aunque al ser requerido acerca de si sabía cuál era la voluntad de V. en caso de fallecimiento respecto de las muestras de semen, manifestó "no sé" (ver fs. 165vta.).

Sobre similares extremos también declaró G. C. R. (fs. 169 y vta.), quien dijo conocer a la actora del barrio "hace un montón de tiempo", afirmó que vivía con C., su pareja desde hace quince años hasta que falleció él.

Refirió, además, que C. le contó que cuando se enfermó le dijeron que tenía que congelar el semen antes de empezar el tratamiento por la enfermedad porque después quizás no se podía.

Requerido sobre la voluntad de C. respecto a la utilización de las muestras después de su fallecimiento, el testigo respondió: " él me contó que quería que las utilizaran para realizar el tratamiento aun después de su fallecimiento esto me lo contó cuando (se) enteró de la enfermedad que tenía y hablando me dijo que por la quimioterapia podía perder calidad y que deseaba tener hijos por lo que no importando el resultado de la enfermedad quería que se utilicen para realizar el tratamiento de fertilización". Y también declaró el testigo Maximiliano Curra, quien dijo conocer a la actora desde "hace muchísimos años del barrio desde hace 15 o 20 años y también conocía a C."

El nombrado declaró que "C. en vida y cuando se enteró de la enfermedad, me contó que decidió congelar esperma para que en el caso que él no estuviera, J. pueda disponer libremente de ellos para poder tener un hijo y porque él tenía muchas ganas de tener un hijo con Jackie, aunque no estuviera presente".

A fs. 167 obra la declaración de R. C. I., de profesión médico, que conoce a la actora porque fue derivada por el Dr. P. D. por una cuestión de fertilidad en septiembre de 2012.

El nombrado reconoció como suyas las firmas obrantes en los instrumentos de fs. 9 y de fs. 86/88 y dijo que tiene un consultorio en el Instituto de Ginecología y Fertilidad y que paga el alquiler por dicho uso.

Asimismo, declaró que la actora fue a la consulta con una persona que se presentó como el hermano del fallecido a fin de que se realice un tratamiento de fertilidad con las muestras congeladas de semen del marido, para lo cual "yo le pedí estudios de fertilidad y un pedido de autorización judicial para poder descongelar la muestra y ser utilizada en futuros tratamientos".

Declaró, además, que la muestra fue congelada en un centro llamado Fecunditas y que luego fue trasladada a otro Centro, denominado Cryobank. Requerido que fue sobre los motivos por los que solicitó la autorización judicial a la actora y si ello es de práctica, contestó: "Con motivo de tener una consulta en la que se plantea el uso de muestras biológicas en donde uno de los cónyuges se encuentra fallecido y siendo que es necesaria la firma de ambos para realizar un tratamiento de fertilidad, y dado un antecedente en el IFER de un caso similar me pareció oportuno obtener una autorización judicial al respecto...por eso tomé esa decisión, agregando que lo hizo por propia iniciativa sin recibir instrucciones al respecto y porque me pareció lo correcto".

6. A tenor de las declaraciones testimoniales referidas en los párrafos precedentes, analizadas a la luz de las reglas de la sana crítica racional, es dable tener por acreditado que la peticionante vivía en relación de pareja con C. V. y que era intención de esta pareja formar una familia y acudir a las técnicas de reproducción humana asistida. Y, particularmente, puedo tener por comprobado, en el caso del Sr. V., que acudió a una institución especializada en medicina reproductiva y en el mes de abril de 2011 firmó un instrumento mediante el cual le encomendó a ese instituto la criopreservación de semen obtenido por masturbación.

Como surge de la transcripción formulada en párrafos anteriores, el Sr. C. V. previó que para el caso de incapacidad o fallecimiento prestaba conformidad para que las muestras fueras retiradas por su cónyuge, la Sra. K. J. o quien acredite serlo en forma legal y fehaciente a la fecha de su muerte, o por heredero legalmente declarado y autorizado a tal fin. Como alternativa prevista en el apartado "B" de la mentada cláusula sexta el causante autorizaba a la institución médica en el mismo documento a descartar las muestras (ver copia de fs. 211 e informe de fs. 212). Es decir, que la primera de las alternativas contemplada en el contrato de adhesión que V. suscribió con Fecunditas se refería a la autorización a favor de la aquí reclamante para que retirara las muestras de semen en caso de incapacidad o fallecimiento.

La defunción de C. V. está acreditada con la partida agregada a fs. 71, de la que surge que falleció el 17 de noviembre de 2011 y es dable tener por acreditado con las partidas de fs. 70 y fs. 76 que el nombrado era hijo de S. V. y de P. C. y que el progenitor falleció el 27 de enero de 1998. Por su parte en la misma pieza de demanda, la madre de C. prestó conformidad con la solicitud formulada en el escrito inaugural, ratificando todos sus términos (ver fs. 36 y 36vta., apartado 7.5).

Asimismo, a fs. 69 se encuentra agregado un documento titulado "acuerdo de almacenamiento" del que surge que con posterioridad a la muerte de V., la peticionaria depositó en Cryobank, el 4 de julio de 2012, dos muestras criopreservadas en el instituto de fertilidad Fecunditas (ver fs. 69).

Corresponde abordar entonces el requerimiento de autorización formulado por la peticionaria, siendo menester destacar que dadas las particularidades que la cuestión presenta y la ausencia de regulación específica sobre la materia, la intervención judicial al efecto se encuentra harto justificada, tal como lo sostiene la Sra. Fiscal que se expidió a fs. 219/223 (ver especialmente fs. 219 vta., párrafo cuarto).

En efecto, la distinguida magistrada expresó que hasta tanto no exista una legislación específica sobre el tema es necesario, antes de proceder a estas prácticas médicas, solicitar la correspondiente autorización judicial. La cuestión relacionada con el retiro de las muestras de semen del Sr. V. por parte de su conviviente no presenta obstáculos, extremo que se corrobora con la documentación obrante en autos (ver especialmente el documento de fs. 10).

En efecto, dicho instrumento, con membrete de Cryobank, suscripto el 4 de julio de 2012, titulado "Consentimiento informado para el traslado de muestras de semen criopreservadas" denota que la contratante de fs. 11 (Fecunditas) hizo entrega de las muestras de que se trata a la aquí reclamante, circunstancia que resulta coherente con lo pactado en la cláusula sexta, apartado A, prevista para el supuesto de fallecimiento del Sr. C. V.. Procede entonces el abordaje de la dilemática cuestión traída a la jurisdicción consistente en la autorización a la peticionaria para proceder a la realización de un tratamiento de fertilización asistida con las dos muestras de semen criopreservadas.

La filiación post mortem en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) se puede presentar frente a diversos supuestos; a) cuando la mujer se insemina artificialmente con material genético del o de la cónyuge o conviviente, fallecido durante el proceso de fertilización; b) cuando la mujer se implanta un embrión oportunamente crioconservado con la conformidad del o de la cónyuge/conviviente fallecido durante el proceso de fertilización y c) cuando el cónyuge o conviviente fallece repentinamente y la mujer solicita la extracción de su material genético para su posterior fecundación.

La legislación comparada suele ocuparse de los dos primeros supuestos, que se presentan cuando el o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz muere durante el proceso de fertilización en curso (conf. FAMÁ, María Victoria, "La Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida, Abeledo Perrot, n° AP/DO/68/2014, publicado en SJA 2014/12/05-3; JA 2014-I).

La destacada autora que se cita señala con acierto que la fecundación post mortem ha generado dilemas de tipo ético y jurídicos en tanto supone un quiebre de las reglas tradicionales en materia de filiación y de sucesiones. Y también destaca que la eliminación de la figura de la fecundación post mortem en la TRHA en el Cód. Civil puede dar lugar a situaciones conflictivas.

En el caso, a tenor de la contextualización que vengo realizando, la cuestión a decidir se enrola en la alternativa "c" antes referida. Por otra parte, la ley 26.862 reconoce el derecho de que es titular toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la ciencia ofrezca.

Las técnicas de reproducción humana asistida posibilitan la concreción de la igualdad normativa a partir del reconocimiento y respeto de las diferencias descriptivas de los seres humanos. Desde su aparición han permitido que las personas, más allá de su orientación sexual, estado civil o facultades reproductivas puedan acceder a la maternidad/paternidad, comaternidad y copaternidad.

Dichos procedimientos son una muestra cabal del derecho a la no discriminación en el campo filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional.

La mentada normativa constituye un instrumento de este derecho de intentar ser padre o madre como parte de un proyecto de vida, más allá de cualquier sesgo o características que el mismo detente y en el marco del pluralismo moral (conf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas

médico asistenciales de reproducción humana asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales, en DF y P 2013 (agosto), 20/08/2013, cita on line AR/DOC/2629/2013).

El autor señala que la sanción de esta ley implica el cumplimiento de obligaciones constitucionales y convencionales claras y precisas en lo atinente al desarrollo del plan de vida de las personas.

Además, enfatiza que la sanción de esta ley configura un desarrollo progresivo normativo y simbólico de los derechos de las personas en un ámbito donde confluye el amor filial, el linaje, la trascendencia más allá de la finitud y nuestra propia existencia.

Señalado ello vale decir que el presente caso presenta similitudes con el resuelto recientemente por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, Mendoza, del 7/8/2014, in re "S.M.C. s/ medida autosatisfactiva" (ver Rubinza Online, Actualidad, del 23/9/2014), en el que se autorizó a la reclamante a utilizar los gametos extraídos de su difunto esposo para su inseminación, a través de las prácticas de fecundación asistida que resulten necesarias conforme a la situación de la paciente y mediante su consentimiento informado en los términos del art. 7 de la ley 26.862 por no existir ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido.

Luego de una profunda reflexión sobre las cuestión traída a mi conocimiento y porque comparto la mayor parte de los fundamentos que contiene el ilustrado fallo mendocino, sobre las que me explayaré seguidamente, adelanto que el pedido de autorización formulado por J. K. habrá de tener favorable acogida. Destaco en primer término que la circunstancia de que la cuestión no se encuentre regulada, no exime a la jurisdicción de resolver la cuestión a tenor de las directivas que emergen del art. 15, 16 y cctes. del Cód. Civil aún vigente.

Por lo demás, debe partirse de la idea de que a tenor de lo prescripto por el art. 19 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de derecho de que lo que no está prohibido está permitido, ante la inexistencia de una prohibición expresa por parte del ordenamiento jurídico, la práctica de que se trata debe considerársela permitida.

Más, a fin de no incurrir en un simplismo argumentativo que se desentienda de los innegables valores humanos comprometidos en la cuestión, debe partirse de la idea de que la circunstancia de que no hayan merecido recepción legislativa las propuestas formuladas en el Proyecto de Cód. elevado por la notable Comisión designada al efecto por el Poder Ejecutivo Nacional no implica, en modo alguno, que la cuestión relacionada con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en casos de fecundación post mortem impidan un pronunciamiento favorable sobre el particular.

Aquí es preciso señalar que además de los tratados de derechos humanos, normas constitucionales y leyes nacionales, nuestro ordenamiento jurídico reconoce también la Convención de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto de Derechos Económicos y Sociales de San José de Costa Rica.

Y en el orden interno debe destacarse la recepción del matrimonio igualitario y el derecho reproductivo individual protegido por la ley de reproducción humana asistida.

Por su parte, la Constitución Nacional y los Tratados internacionales aseguran la autonomía de la persona humana como derecho fundamental frente a los poderes de restricción del Estado en el ámbito de su vida privada, siempre que esa restricción no esté prevista por ley formal y anterior, y cumpla con los requisitos de idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad sin desvirtuar el núcleo del derecho constitucional protegido. Como se destacó en el fallo mendocino al que vengo haciendo referencia, el marco jurídico mencionado debe ser interpretado en forma sistemática y es necesario establecer, entonces, si conforme a nuestro ordenamiento constitucional y legislativo la fecundación post mortem es una técnica prohibida, situación que —como se verá— no se presenta en el caso. La ley de reproducción médicamente asistida, n° 26.862 prescribe en su art. 7 que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud haya explicitado su consentimiento informado.

El decreto n° 956 de 2013, reglamentario de dicha ley refiere en sus considerandos que en dicha ley

prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango constitucional conforme a lo previsto por el art. 75, inc. 22 de la CN, los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud.

Asimismo, se señala que "el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la ley 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución nacional y principios del Derecho Internacional de los Derechos humanos)". También se explica allí que la mentada ley se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud, en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural, y promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa.

Asimismo, se explica que la ley 26.862 prevé que pueden acceder a las prestaciones de que se trata todas las personas mayores de edad sin que se puedan introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. Como se menciona, con criterio que comparto, en el fallo antes citado, la ley se orienta teleológicamente a reconocer como derecho humano el derecho a la fertilización humana asistida y a su cobertura médico asistencial en todos los órdenes, debiendo tenerse especialmente en cuenta que la propia ley establece en el art. 10 que sus disposiciones son de orden público, debiendo prevalecer sobre cualquier interés particular.

También es dable señalar que la garantía de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida implica el cumplimiento del efecto erga omnes de las normas convencionales interpretadas en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otro (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", Considerando 272. La Corte señaló que "la decisión de tener hijos biológicos a través de las técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar.

Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona en su dimensión individual como de pareja".

En el mismo fallo la CIDDDH interpreta los alcances del derecho de protección a la vida privada establecido en el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresando que "la Corte considera que la decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada, e incluye en el presente caso la decisión de ser padre o madre en el sentido genético biológico" así como la extensión y alcances de la protección a la vida familiar establecidos en los arts. 11.2 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el fallo de la CIDDDH se sostuvo que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el art. 16 (e) la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho a "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos".

Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad...", concluyendo que existe, por tanto, una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.

Al igual que en el fallo al que vengo aludiendo, entiendo que es en este marco jurídico en el que se debe analizar la cuestión. En este sentido, vale apuntar que cuando la ley y su decreto reglamentario prescriben la necesidad del consentimiento informado, lo hacen a los efectos de la inseminación, no de la donación y se refieren específicamente a la persona que reclama la inseminación asistida y no al donante (ver art. 7° del decreto 956/2013).

Y en cuanto al consentimiento del donante, en este caso del Sr. V., entiendo que con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el nombrado tenía la voluntad de que sus gametos fueran utilizados por su conviviente, J. K., después de su fallecimiento. Es que, aun cuando no surja del documento agregado a fs. 11 una manifestación expresa de voluntad en tal sentido, la pregunta que corresponde formularse es si en el contexto de dicho contrato es dable inferir una voluntad diferente.

En efecto, pese a lo aconsejado por la Sra. Fiscal que dictaminó a fs. 219/223, entiendo que si el Sr. V. autorizó, nominó e identificó a la nombrada para que retirara las muestras de semen que criopreservó y de las declaraciones testimoniales rendidas en autos es posible colegir que V. y K. convivieron por más de diez años y tenían un proyecto familiar, entre el que se encontraba el deseo de tener un hijo y no se encuentra controvertido que V. padecía una enfermedad terminal que lo condujo a la muerte, no corresponde hacer más indagaciones sobre el particular.

Es que, en el contexto de referencia, considero acreditada la voluntad procreacional de V. para después de su muerte y resulta indiferente que en el mencionado documento —redactado por el predisponente— no se haya consignado de manera explícita que el retiro de las muestras de semen después de su fallecimiento podría utilizarse para la inseminación de sus gametos en la persona de la reclamante.

Véase que en la alternativa "b" de la cláusula sexta ya referida, V. autorizaba a Fecunditas a descartar las muestras.

Empero, esta hipótesis o posibilidad no se concretó en los hechos porque las muestras de que se trata, de conformidad con lo allí acordado, fueron retiradas por la reclamante, sin oposición por parte de "Fecunditas", predisponente de las estipulaciones de ese contrato.

Ello permite sostener, sin margen para la duda, que la alternativa de descartar las muestras no resultó una opción que la mencionada institución considerara posible a tenor de la voluntad declarada de V.

En cambio, en la alternativa "A" antes mencionada, no se hace mención ni referencia a la posibilidad de descartar las muestras criopreservadas. En efecto, tal posibilidad no surge del texto expreso del documento, circunstancia que resulta dirimente para entender que en ningún momento V. consideró la posibilidad de que si J. K. retiraba las muestras de sus gametos a su muerte éstas podrían ser descartadas.

En el mencionado contexto, si el causante sólo autorizó la destrucción de las muestras para el caso de que no se registrara la alternativa "A" de la cláusula sexta a la que me vengo refiriendo, ante las circunstancias acreditadas en autos, no encuentro óbice al pedido de autorización formulado por K. para acceder a los procedimientos de fertilización asistida en pos de inseminarse los gametos de quien fue su pareja durante más de diez años y con quien —reitero— habían previsto formar una familia y depositar los gametos del conviviente en una institución especializada en fertilidad humana.

No se me escapa que, como ya lo apunté con antelación, se trata de un caso paradigmático, con pocos antecedentes y que puede prestarse a consideraciones éticas, morales y jurídicas de diferente tenor.

De hecho, la cuestión relacionada con la fecundación post mortem no ha merecido pacíficas soluciones. En efecto, en Gran Bretaña, Bélgica y Portugal, sólo se permite la implantación del embrión tras la muerte, mientras que en España, Cataluña y Grecia también se admite la fecundación de la mujer con el material criopreservado del causante.

Sobre estos desarrollos, remito al trabajo de la Dra. María Victoria Famá antes citado, quien recuerda que, en general, se requiere el consentimiento expreso del fallecido para que la mujer sea inseminada tras su muerte, con la excepción del caso de España, donde se admite el consentimiento tácito, que se presume cuando la mujer hubiera estado sometida a un tratamiento ya iniciado para la transferencia de preembriones del marido.

La eficacia de este consentimiento requiere siempre de formalidades (escritura pública, testamento, consentimiento en centro médico, medidas anticipadas, etc.) y en el caso de Grecia se exige, además, la autorización judicial.

Y también existen precedentes jurisprudenciales extranjeros en sentidos diversos, entre los que he de destacar el caso fallado por la sección 18 de la AP de Barcelona, que resolvió el 12/7/2011, revocando la resolución de instancia que había desestimado el pedido de autorización para la fertilización de una mujer con semen del marido fallecido, tras considerar que éste no había otorgado su consentimiento en escritura pública, testamento o documento de instrucciones previa para que el material reproductor pudiera ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento.

La Sala —se transcribe en el trabajo de Famá— entendió que el consentimiento otorgado en el caso en un documento sanitario, sumado a los testimonios de los padres el hermano y amigos del causante eran suficiente para considerar cumplida la concurrencia del requisito legal.

Al respecto, subrayó que el Cód. Civil catalán prevé "que los centros autorizados obtengan los consentimientos que exige la ley reguladora de la reproducción asistida, antes del empleo de esta técnica, de modo que, en otro caso, pueden ser sancionados administrativamente. El consentimiento del marido produce entonces un doble efecto: autoriza al centro médico a emplear sobre la mujer las técnicas de reproducción asistida sin cuya obtención el centro se expone a la correspondiente sanción administrativa y de otro lado produce el efecto de asumir la paternidad resultante prohibiendo la impugnación.

El conflicto surge cuando, como en ese caso, el consentimiento se ha prestado por el marido en forma expresa, libre, conciente y por escrito, pero no por escritura pública, como previene el art. 92 del Cód. de Familia catalán...el requisito de forma no es constitutivo sino probatorio, de modo que la falta de forma no conduce a la nulidad del consentimiento...Nuestro derecho se rige por el sistema espiritualista, de manera que sólo excepcionalmente el requisito de forma en los actos jurídicos lo es con carácter constitutivo y condiciona la validez del acto...".

También se destaca en el trabajo mencionado un fallo emitido por el Tribunal de Familia n° 3 de Morón, del 21/11/2011, en el que se autorizó a una mujer a implantarse el material genético crioconservado de su marido fallecido con anterioridad, durante el proceso de fertilización, aunque sin adoptar una postura expresa respecto del vínculo filial con el causante.

La sentencia se basó en el principio de libertad de intimidad contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional y en la voluntad procreacional como fuente de filiación en el campo de las TRHA, al subrayarse que "si el marido, en junio de 2010, prestó su consentimiento para criopreservar su material con fines reproductivos, y una vez diagnosticada su enfermedad, teniendo la posibilidad de revocar dicho consentimiento —durante sus últimos meses de vida— no lo hizo, es presumible entender que el consentimiento se mantuvo". Volviendo al caso que me ocupa, entiendo que la circunstancia de que en nuestro país no se encuentre regulada la fecundación post mortem y sus requisitos formales, en el marco legal, constitucional y convencional al que me vengo refiriendo, tal omisión no es óbice para que, acreditada la voluntad procreacional de V. para después de su muerte mediante el documento agregado a fs. 11, confeccionado en un centro médico de fertilización humana asistida y las declaraciones testimoniales rendidas, se confiera la autorización para la realización del tratamiento de fertilización asistida solicitada.

En orden a las objeciones que podrían plantearse desde la perspectiva del interés superior del niño a raíz de la autorización que aquí habré de conferir, corresponde señalar, en sentido concordante con el fallo de la provincia de Mendoza que he venido citando, que en el caso aún no hay niño a proteger pues no es dable saber sobre el éxito del tratamiento.

Pero más allá de ello, y aun cuando por principio podría considerarse deseable que todo niño nazca dentro de una familia en la que estén presentes ambos progenitores, nuestro ordenamiento jurídico no establece como derecho fundamental del niño nacer en una familia compuesta por padre y madre vivos y presentes. Como acertadamente se apunta en ese precedente, "el derecho no puede pretender lo que la naturaleza no puede asegurar" Y desde la sanción de la ley de reproducción humana asistida así como desde la reforma del matrimonio igualitario, nuestro ordenamiento jurídico, con apoyo en la interpretación de los tratados y derechos fundamentales reconocidos en ellos, realizado por la CIDDHH ha reconocido diversas formas de familia, entre

ellas la monoparental. "De lo contrario, no sería posible sostener el derecho individual a la reproducción humana asistida como lo hacen nuestra ley 26.862 y su decreto reglamentario".

Como sostiene el tribunal mendocino, con criterio que no puedo menos que compartir, "si esto está permitido y protegido con el orden público por nuestro ordenamiento jurídico vigente, no se entiende cómo podría negarse a una mujer —por el solo hecho de haber quedado viuda— el derecho a inseminarse con el semen de su esposo fallecido.

Si se admitiera un impedimento para sus deseos de fecundación post mortem vigente el ordenamiento jurídico actual, carecería de toda razonabilidad, pues se le permitiría por el contrario la búsqueda del mismo resultado con un donante heterólogo, desconocido, aún cuando el mismo hubiese fallecido luego de la donación de los gametos masculinos". Esta interpretación tan contraria a la razonabilidad está claramente proscripta por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando afirma que: "Al respecto este tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en la ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad".

Para terminar, cito nuevamente al tribunal mendocino y señalo que un rechazo a este reclamo podría implicar una discriminación en el marco de las demás situaciones no sólo permitidas, sino aseguradas por el ordenamiento jurídico como garantías y derechos fundamentales de los demás individuos, que, como se ha dicho precedentemente, reciben todos, sin distinción de orientación sexual, o estado civil, u otras circunstancias, la protección y el derecho fundamental a la reproducción humana asistida".

Como corolario de todo lo desarrollado, el pedido de autorización formulado en la pieza liminar, habrá de tener favorable acogida.

7. Pedido de cobertura del tratamiento de fertilización asistida: De acuerdo con una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces deben ponderar las circunstancias existentes al momento de la decisión, incluso cuando sean sobrevivientes (conf. arg. art. 163, inc. 6º, del Cód. Procesal; doctrina de Fallos 308:1489, 312:555, 315:123, entre muchos otros).

Tras la interposición de la demanda, el Congreso Nacional sancionó la ley 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", promulgada de hecho el 25/06/2013 y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente. Este ordenamiento tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida para la consecución de un embarazo, incluyendo técnicas de baja a alta complejidad, con o sin la donación de gametos y/o embriones (conf. arts. 1 y 2).

El derecho a acceder a tales prácticas asiste a toda persona mayor de edad que haya prestado su consentimiento informado, y las obligaciones emergentes de la ley alcanzan todos aquellos agentes que brinden servicio médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

Y estos procedimientos pasaron a integrar el Plan Médico Obligatorio, junto con los del diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo (arts. 7 y 8). Así, las nuevas disposiciones reseñadas —de orden público, conf. art. 10 de la ley— privan de contenido actual a los cuestionamientos efectuados por la demandada, en tanto se encuentra comprendida en su ámbito de aplicación.

A todo evento, la ley no formula ninguna mención ni distinción en relación con las prácticas de fecundación "post mortem" ni con el origen de los gametos y/o embriones.

Y si se repara en los amplios términos y previsiones de la norma, no cabe duda que su exégesis no es otra que la de contemplar de manera integral todo tipo de práctica relacionada con la asistencia médica para la consecución del embarazo (ver art. 1 y particularmente la amplia enunciación del art. 8).

Tampoco es óbice que el caso no exhiba una imposibilidad de procreación por medios naturales causada por una enfermedad —la imposibilidad deviene del fallecimiento de la pareja de la actora, sin perjuicio de las razones

que tuvo el occiso para guardar la muestra—, pues la ley 26.862 no limita su aplicación a esos supuestos. Según el texto de la propia norma, la titularidad del derecho a la procreación es reconocida, con base en los principios de igualdad y de inclusión (arts. 16, 20, 75, inc. 22, de la CN), a "toda" persona humana. "El art. 2º al definir de forma amplísima que se entiende por reproducción humana médicamente asistida para conseguir un embarazo, soslaya positivamente la necesidad de que deba verificarse una situación de infertilidad para poder acceder a los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad.

En otras palabras, no es necesario acreditar una situación de infertilidad para poder ejercer dicho derecho. Lo expuesto se complementa con lo dispuesto por el art. 7º cuando define como beneficiarios a toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado en los términos previstos por la ley 26.529" (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales, DFyP 2013-agosto, 24).

Cabe destacar que el decreto reglamentario n° 956/2013 determina que "no se considerará como situación de preexistencia, en los términos del art. 10 de la ley 26.862, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo".

Extremo que abona la interpretación precedente en cuanto a que la ley no limita su aplicación a los casos en los que media una enfermedad.

En todo caso, una distinción que podría ensayarse, probablemente con fundamento en el espíritu de la norma y de acuerdo a los derechos que la sustentan, es decir, a la salud, a alcanzar la paternidad/maternidad, a la igualdad, a la no discriminación y a formar una familia (ver BASTERRA, Marcela I., "Las técnicas de fertilización asistida y la cuestión constitucional", La Ley, 2013-D, 599), sería la de diferenciar entre la categoría de los individuos que tienen dificultad o no pueden procrear por medios naturales a causa de alguna imposibilidad de cualquier naturaleza, y quienes sí pueden hacerlo pero de todos modos pretenden obtener alguna asistencia médica para ello.

Pero es claro que el análisis de esa cuestión excede el presente caso, pues la Sra. K. se encontraría incluida en la primera de las categorías y, por ende, no cabe duda que es merecedora de la cobertura asistencial.

En consecuencia, corresponde receptar favorablemente este aspecto del reclamo y condenar a Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación a cubrir las prestaciones médicas de que se trata, en los términos y bajo las previsiones de la ley 26.862 y su decreto reglamentario n° 956/2013.

8. Las costas: Si bien prosperará la demanda, dadas las particularidades que presenta la cuestión, como así también la circunstancia de que con posterioridad a su promoción fue sancionada y entró en vigencia de la ley 26.862, que ha resultado decisiva para resolver tanto el requerimiento de autorización como la cobertura integral del tratamiento solicitado, a lo que corresponde añadir que se trata de un caso novedoso en materia opinable, en el entendimiento de que, particularmente la Obra Social demandada ha podido creerse razonablemente con derecho a peticionar del modo en que lo hizo, habré de imponer las costas en el orden causado.

Por todo lo relacionado, textos legales, doctrina y jurisprudencia citados, con el alcance indicado, resuelvo: 1. Conceder a J. V. K. autorización para someterse al tratamiento de fertilización asistida con los gametos criopreservados por C. G. V., que se encuentran depositados en Cryobank y hacer saber al Dr. O. que deberá hacer entrega del material criopreservado del Sr. C. G. V. de manera que quede garantizado el mantenimiento en condiciones apropiadas del material genético de que se trata a la institución médica que realice la práctica que aquí se autoriza y que indicará la peticionante, J. V. K... 2) Condenar a Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación a brindar cobertura integral del 100 por ciento en el tratamiento de fertilización asistida que indiquen los médicos tratantes de la nombrada, durante el tiempo que sea necesario mientras resulte posible alcanzar el embarazo, quedando establecido que la cobertura deberá ser integral en relación con costos hospitalarios, sanatoriales, de internación, honorarios médicos, estudios y medicación que resulten necesarios para la realización de la práctica que aquí se autoriza. Con costas por su orden. Notifíquese, a la Sra. Fiscal en su despacho, regístrese y comuníquese al CIJ.— Eduardo E. Cecinini.

