

## **Fecundación asistida post mortem. Autorización judicial. Procedencia.**

Se autoriza a la actora 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, Ley 26862, toda vez que no existe ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido.

S., M. C. s. Medida autosatisfactiva /// Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, Mendoza; 07-08-2014, RC J 6303/14

---

### **Texto**

Y VISTOS:

Los presentes autos arriba intitulados llamados para resolver a fs. 87

Y CONSIDERANDO:

I. Que a fs. 66 la Sra. M. C. S. deduce recurso de apelación contra la resolución de fs. 60/64 que rechazara su pedido de autorización judicial a efectos de que se la someta a un tratamiento de fertilización asistida con los gametos de su esposo fallecido Sr. J. D., cuya extracción ha sido autorizada con anterioridad en los autos N°118299 "S., M. C. p/ medida autosatisfactiva" originarios del Vigésimo Primer Juzgado en lo Civil. Al fundar su recurso a fs. 72/75, se extiende en una crítica expresa y precisa de cada uno de los argumentos que la Sra. Juez a quo utilizó para fundar el rechazo de su pretensión, señalando además la errónea interpretación de los hechos invocados por su parte que se aprecia en dicha resolución, así como la falta de consideración de los efectos de la resolución recaída en los autos en los que se autorizó la extracción del esperma de su esposo a los fines de que ella fuera inseminada con los mismos. Destaca también la inadecuada aplicación de las leyes vigentes, señalando las omisiones de interpretación en las que incurre a su juicio la Sra. Juez a quo, así como la inadecuada ponderación realizada de los distintos derechos en juego. Expresa que la sentenciante tampoco ha tomado en cuenta la existencia y recepción jurídica actual de la familia monoparental. Se requieren los autos N° 250763 "D. J. E p/ sucesión" del Décimo Segundo Juzgado en lo civil de esta Primera Circunscripción quedando los autos en estado de resolver.

II. A los fines del correcto entendimiento del caso en cuestión resulta necesario precisar que la Sra. S. ha incoado el presente reclamo de autorización judicial pues los médicos que debían practicar la fecundación asistida le manifestaron su necesidad pese a que ya había sido autorizada judicialmente con anterioridad la extracción de los gametos de su esposo. El caso sometido a revisión ante esta Cámara implica en consecuencia un supuesto de fecundación post mortem, la que por supuesto requiere de métodos de reproducción asistida y la cuestión en juego es si ella puede o no ser autorizada como práctica lícita. Las razones principales en las que fundó su rechazo la Sra. Juez a quo son a nuestro juicio: a) la supresión de los arts. 562 y 563 del ante-proyecto de Reforma del Código Civil por la Comisión Bicameral en el año 2011, artículos que justamente regulaban los supuestos de gestación por sustitución y filiación post mortem ante los graves dilemas éticos y jurídicos que presentaban; b) que en el caso resultaba evidente la ausencia de consentimiento expreso del fallecido Sr. D. para la extracción de sus gametos y la utilización de los mismos mediante técnicas de reproducción asistida en vida o post mortem; y c) que el derecho a la procreación se encuentra limitado por el derecho de los demás, en el caso concreto el derecho del niño por

nacer a tener una familia, constituida por un padre y una madre. Si bien los fundamentos vertidos en su erudita resolución por la Sra. Juez a quo nos merecen el mayor de los respetos, y en parte compartimos sus valoraciones morales, lo cierto es que no podemos acordar con su decisión haciendo un análisis sistemático del ordenamiento jurídico actual, de sus principios y derechos fundamentales reconocidos. En este orden de ideas se hace necesario destacar que, además de los tratados de derechos humanos, normas constitucionales y leyes invocadas por la Sra. Juez a quo, 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, a más de otros tratados que se nombrarán, así como en el orden interno, la reforma al Código Civil introducida por el matrimonio igualitario, el derecho reproductivo individual protegido por la ley de reproducción humana asistida así como que nuestra 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. Se estima que también es necesario destacar la vigencia de la ley de ablación de órganos y tejido humano N° 24193 y sus modificatorias.

Dicho marco jurídico debe ser interpretado en forma sistemática, y en consecuencia es necesario establecer si conforme a nuestro ordenamiento constitucional y legislativo la fecundación post mortem es una técnica de reproducción prohibida o permitida.

Lo que haya ocurrido en el seno de la Comisión interna que modificó el anteproyecto de reforma del Código Civil, no es aún derecho objetivo y en sí mismo no puede influir en forma directa para la resolución del caso, pues ni el anteproyecto ni el proyecto reformado son ley. No existe a nuestro juicio ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido.

Si ello es así no cabe otra conclusión que la práctica está permitida dado el principio general del derecho que establece que lo que no está prohibido está permitido y a las disposiciones del art. 19 de la Constitución Nacional. Es verdad que si admitimos este aserto es necesario recurrir a la ley que reglamenta en nuestro ordenamiento vigente la fecundación asistida. Antes de analizar la cuestión del consentimiento informado, estimamos necesario recordar que conforme al art. 1 de la Ley 26862, la normativa tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida a todos los beneficiarios.

El Decreto reglamentario de la Ley N° 956/2013 establece en sus considerandos: "Que en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Que la Ley N° 26862 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. Que la Ley N° 26862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda 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."

A su vez conforme al art. 7, que titula "Beneficiarios", 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 26529, de derechos del paciente en su

relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

La ley se orienta entonces teleológicamente a reconocer como derecho humano el derecho a la fertilización humana asistida y a su cobertura medico asistencial en todos los órdenes, debiendo tenerse especialmente en cuenta que la propia ley establece en su art. 10 que sus disposiciones son de orden público, debiendo prevalecer en consecuencia las mismas sobre cualquier interés particular.

Esto es, el Estado en cumplimiento de su deber de garante de la pléyade de derechos humanos reconocidos en nuestra Carta Magna instrumenta el texto normativo de marras a fin de que las personas (de sexo masculino o femenino y sin importar la orientación sexual o el estado civil que detenten puedan acceder en un pie de igualdad a los procedimientos y técnicas medico asistenciales de reproducción médicamente asistida. (cfr. Garay Oscar Ernesto "Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida"). La sanción de la Ley 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida configura un desarrollo progresivo normativo y simbólico de los derechos de cada persona 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 delimitado por el pluralismo moral.

La garantía de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida implica un claro 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 N° 272. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a 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 tanto en su dimensión individual como de pareja."

En el mismo fallo la CIDDDH interpreta los alcances del derecho a la protección de la vida privada establecido por el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Considerandos 142, 143 y 146, entre otros) expresando que "... la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o 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 (Considerando 145).

Siguiendo con el análisis de las normas convencionales en juego, la CIDDDH sostuvo en su considerando N° 146. "En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) 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 artículo 16 (e) de 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 les 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".

Más adelante la CIDDDH recordó que "La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer." Y destacó y adhirió a los mismos expresando "los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para

ello..." concluyendo en el Considerando 150: "Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones." (Corte IDH, fallo citado, 28 de noviembre de 2012).

Por ello puede decir con razón Gil Domínguez que la Ley 26862 reconoce "el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la ciencia ofrezca." Y que "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." (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), 20/08/2013, 24 Cita Online: AR/DOC/2629/2013).

En este marco jurídico -hoy vigente- en el que se reconoce el derecho de la mujer en forma individual a la procreación es en el que se debe analizar el caso de autos.

A ello debe sumarse que el plexo de derechos y deberes del ordenamiento normativo tiene como sujetos a las personas físicas de existencia visible y que en consecuencia, las referencias a los derechos de personas fallecidas o personas aún no concebidas no parece jurídicamente acertado, al menos si se toman en cuenta las consideraciones que se hacen a continuación.

El punto que, luego de estas acotaciones, es necesario tratar es el referido a la ausencia del consentimiento del Sr. D., que la Sra. Juez a quo ha utilizado como uno de los fundamentos del rechazo de la pretensión ejercida.

En cuanto al consentimiento del padre fallecido, como lo dice la propia Sra. Juez a quo, es imposible que se hubiera otorgado al efecto de la fecundación post mortem toda vez que la muerte lo sorprendió en plena juventud y como consecuencia de un accidente laboral.

De todos modos, la cuestión es irrelevante en esta causa por diversas razones de naturaleza puramente jurídica que debieron haberse tenido en cuenta al momento de resolver, y que esta Cámara toma como elementos dirimientes para restar de toda eficacia a dicha falta de consentimiento, a saber:

En primer lugar, no existen derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible.

Nótese que ni siquiera en el ámbito de la sucesiones puede alegarse que el ordenamiento jurídico otorgue "derecho" al causante de que se cumplan sus disposiciones mortis causa, pues los beneficiarios pueden renunciar a recibir las herencias o legados, y además a quien la legislación protege y legitima para reclamar es a esos beneficiarios o a otros preteridos, no al causante.

Sólo las leyes que han regulado la ablación y trasplantes de órganos y tejidos han establecido el respeto a la voluntad expresa del donante en vida, de distintas maneras, por tratarse de aspectos que la legislación considera ligadas a los atributos de la personalidad y a la autodeterminación. Pero dejando a salvo la situación excepcional de quienes fallecen sin haber emitido su voluntad sobre este aspecto, en cuyo caso los parientes establecidos en el art. 21 y cc. de la ley pueden atestiguar sobre su voluntad.

Es también destacable que el art. 1 de la Ley 24193 de trasplantes de órganos y tejidos, reformada por la Ley 26066 excluye expresamente el caso de los tejidos naturalmente renovables o separables del cuerpo humano (como lo sería el semen), a salvo lo relativo a las llamadas células madre.

Sin embargo -y ante la ausencia de legislación adecuada en ese momento- se llevó a cabo un

procedimiento análogo al establecido para donantes cadavéricos en los autos N°118299 "S. M. C. p/ medida autosatisfactiva" originarios del mismo juzgado, actuaciones en las que se presentaron tanto la cónyuge como la madre del Sr. D. solicitando la extracción del semen, señalando que no existían otras personas o herederos del causante, a la manera prevista en los arts. 21 y cc de la ley de trasplante de órganos y tejidos, debiendo tenerse presente que el escrito fue suscripto por la Sra. madre del Sr. D., quien firmó ante la Sra. Defensora Oficial interviniente y declaró que el padre había fallecido, sin perjuicio de que el testimonio de la voluntad del muerto puede ser expresado por "cualquiera de los padres". En dichas actuaciones se autorizó judicialmente en forma expresa la extracción del semen, y la resolución quedó firme, y se ejecutó.

Fuera de ello, y luego de esa resolución, respecto del Sr. D., ya fallecido no puede invocarse derecho alguno vulnerado por cuanto ya no es persona sujeto de derechos.

En segundo lugar, no existe en nuestro ordenamiento objetivo actual, ninguna legislación específica que reglamente sustancialmente la espermodonación. Sólo hay un artículo en la ley de reproducción asistida y otro en su reglamento que establecen la constitución de un registro de entidades autorizadas tanto para la realización de las técnicas de reproducción asistida cuanto para los bancos de gametos.

En el art. 8 de la reglamentación se establece además que "... En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) de la DIRECCIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante..." (el resaltado es nuestro).

Es obvio que esta reglamentación se refiere a inseminación heteróloga.

Pero aún en el caso que así no se entendiera, debe tenerse presente que esta previsión del consentimiento del donante, está referida al caso de en que se trate de donantes vivos para obtener células reproductivas destinadas a la inseminación artificial pero nada hay establecido respecto de donantes cadavéricos. Sólo existen algunos proyectos de ley desde el año 2007 sin tratamiento legislativo actual.

En todo caso en el supuesto de autos, existe -como se dijo- una autorización judicial firme que dispuso la extracción de la muestra de células reproductivas del Sr. D., la que se practicó con anterioridad a la fecha de publicación del decreto reglamentario (enero de 2013), lo que hace que cualquier inferencia derivada del artículo 8 del reglamento no pueda ser aplicada por la prohibición de la retroactividad de la ley prevista como principio general de derecho en el art. 3 del CC.

En este aspecto es fundamental distinguir la cuestión de la donación de los gametos por un lado y el proceso de la inseminación asistida por el otro.

En efecto, el art. 7 de la Ley 26862 y su decreto reglamentario cuando 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, no al donante. Así lo señala expresamente el art. 7 del Decreto N° 956/2013 que establece "El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25326 de Protección de los Datos Personales"

Las razones expuestas nos llevan a establecer que en el caso de autos, la extracción de células reproductivas que se realizara con anterioridad a la reglamentación de la necesidad de obtener el consentimiento del donante, se consumó como tal y se realizó previa autorización judicial con un procedimiento análogo a la prevista para la ablación de tejidos, haciendo cosa

juzgada.

Dicho hecho ya no puede ser calificado de ilícito por la reglamentación posterior, pues el ordenamiento jurídico no permite la aplicación retroactiva de normas y mucho menos cuando no existía regla ni principio alguno que permitiera afirmar que el procedimiento estaba prohibido.

Las células reproductivas fueron ingresadas a un establecimiento autorizado y ya forman parte de un banco de gametos.

Es por ello que la cuestión del consentimiento previo del esposo fallecido de la actora carece de toda relevancia actual.

Pasando al análisis del otro de los argumentos por los que la sentencia rechaza la petición, cual es la limitación del derecho a la reproducción de la actora por el principio constitucional del interés superior del niño, parece también ajeno a esta litis, más allá de que existe doctrina autorizada que lo ha sostenido y que la sentencia impugnada ha utilizado en su apoyo. En primer lugar debe aclararse que esa doctrina es anterior a la ley de reproducción humana asistida, e incluso muchas de ellas al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, las argumentaciones doctrinales que han seguido exponiéndose sobre el tema carecen de reflejo en el ordenamiento actual y están dirigidas más bien a dar argumentos morales por los que la fecundación post mortem no debería ser admitida en el futuro. Lo cierto es que en el caso no existe aún un niño protegido por la Convención Internacional de los derechos del niño. Ni siquiera es posible asegurar que existirá, toda vez que no es posible saber si el proceso de inseminación producirá un embrión y éste se implantará en el seno materno. Esto es, no es posible asegurar el éxito de las prácticas ni siquiera la concreción de la esperanza de la actora.

Nos remitimos para ello a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mismo caso citado precedentemente ("Artavia Murillo vs. Costa Rica") en la que, en sus considerandos 229 y sigs., llegó a la conclusión que esos principios y derechos reconocidos a los niños sólo son aplicables cuando al menos existe concepción, esto es implantación del embrión en el seno materno.

Más allá de que se comparta o no moralmente ese criterio, lo cierto es que es el que rige en nuestro ordenamiento jurídico, luego de tal pronunciamiento de la Corte cuya jurisdicción exclusiva para el control de convencionalidad ha sido admitida por nuestro país. Pero nos parece mucho más relevante aún señalar que tampoco parece posible sostener -ni aún desde el punto de vista del argumento de interpretación pragmático o consecuencialista de la cuestión aquí planteada - que nuestro ordenamiento jurídico establezca como derecho fundamental del niño el nacer en una familia compuesta por padre y madre vivos y presentes y que por ello la fecundación postmortem condenaría al eventual fruto de una concepción así lograda a una situación inicua o injusta.

En primer lugar es un principio metodológico de la ciencia jurídica reconocido desde tiempos antiguos que la legislación no puede exigir lo que la naturaleza puede no brindar. El padre puede morir antes de que el hijo nazca. El padre puede estar ausente, aun habiendo nacido el hijo, o abandonarlo, etc. En nuestra legislación actual además podría darse el caso de un donante heterólogo que preste su consentimiento al momento de la donación y que muera antes de la inseminación. El derecho no puede pretender lo que la naturaleza no puede asegurar.

En segundo lugar, y desde la sanción de la ley de reproducción humana asistida así como desde la reforma del matrimonio igualitario, nuestro ordenamiento jurídico -con apoyo como se ha analizado más arriba en la interpretación de los tratados y derechos fundamentales reconocidos en ellos, realizado por la CIDDDH- 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 26862 y su decreto reglamentario.

Tampoco se verificaría la exigencia de la concurrencia de maternidad- paternidad en el caso del derecho reconocido a los matrimonios de personas del mismo sexo, en las que con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida puede configurarse una familia con dos padres o dos madres, pero no puede de ninguna manera sostenerse que por ser dos, uno de

ellos necesariamente cumplirá el rol materno y otro el rol paterno, pues ello sería una simplificación de estas situaciones totalmente inválida tanto desde el punto de vista biológico, como cultural.

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 ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad" (Cfr. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr. 56, y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 164.) y que "La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre "distinciones" y "discriminaciones", de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas" así como que "... el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos..." (Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 141, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88.)

Por lo demás, este rechazo tajante a su reclamo implica una fuerte 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. Consideramos también necesario agregar unos argumentos más que avala nuestra decisión de revocar la resolución recurrida y hacer lugar al pedido de autorización incoado en esta causa.

En primer lugar no existen elementos para afirmar que el pedido de la Sra. S. tenga carácter abusivo por pretender alterar los derechos hereditarios de terceros. A ese fin se ha compulsado la sucesión del Sr. D., en la que se ha manifestado la inexistencia de hijos del Sr. D., por lo que en principio no existirían otros herederos del causante que su esposa y su madre.

Y si bien se ha solicitado la citación de ambos padres por el Ministerio Público, aún en el caso de que el padre no hubiera fallecido entendemos que no existiría perjuicio para él toda vez que si bien la determinación de la filiación de un eventual hijo concebido por este método no podría negarse, el niño futuro no alcanzaría nunca a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiende al momento de la muerte del causante, y en el caso resulta obvio que el niño no había sido concebido a esa época, ni lo está en la actualidad habiendo transcurrido más de un año y medio desde su fallecimiento (arts. 70 y 3282 del Código Civil).

Siendo ello así, aún cuando parte de la doctrina califica de abusiva la conducta de quien obtiene los gametos de una persona inconciente o de su cadáver, lo cierto es que en el caso, las personas que podrían verse perjudicadas han prestado su consentimiento a la extracción y ello además no perjudicará las eventuales acciones de filiación del hijo si llegara a nacer, ni los derechos sucesorios eventuales de terceros.

Por otra parte, si bien en la sentencia impugnada se habla de la responsabilidad del Estado en el control del uso de la ciencia, en primer lugar, cabe insistir que la ley de reproducción asistida así como la doctrina de la Corte Internacional de Derechos Humanos son claras en admitir la existencia de un derecho humano a gozar de los avances de la ciencia en cuanto estén

permitidos por el ordenamiento jurídico y es el caso de que como se ha dicho, la fecundación post mortem de la viuda no puede considerarse un hecho censurable desde el punto de vista del uso de la ciencia, si se permite a la vez que esa misma viuda pueda ser inseminada con semen de cualquier otro donante.

Pero lo que es más fundamental es que en el caso lo que sí configura responsabilidad en el Estado, especialmente en el caso, en sus órganos jurisdiccionales es justamente la doctrina de los actos propios. Si el mismo Tribunal (aunque con distintos jueces) dispuso, en el momento en que se le requirió en forma expresa autorización para obtener una muestra de células reproductivas del marido de la actora con el fin de ser inseminada con ellas, autorizar el procedimiento y tal resolución se ejecutó y los gametos han sido resguardados en un centro médico adecuado a tal fin, no cabe que el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales vuelva sobre sus propios actos y decida que la viuda de la persona fallecida de la que se extrajo la muestra de semen, no pueda ser inseminada con ella por razones mayormente morales más que jurídicas y lo que fue consumado quede sin razón de ser. No es posible que el Estado asuma una actitud diferente y contradictoria respecto a las mismas expectativas personales lícitas ni que los actos por él autorizados se vuelvan inútiles o lo que es peor se destinen a otros fines. ¿Qué pasaría si se mantuviera la sentencia impugnada? ¿Qué destino tendrían esos gametos obtenidos por la autorización expresa de la cónyuge y la madre del extinto esposo? ¿Deberían ser donados para investigación sin el consentimiento del difunto y a expensas de la voluntad procreacional expresada por su viuda y acompañada por la madre de quien falleciera? Debieran ser desechados simplemente luego de que el propio Estado en uso de sus facultades de policía sobre la ciencia autorizó su extracción con destino a la inseminación de la esposa? Las respuestas posibles son claramente contrarias a la razonabilidad que debe presidir toda decisión judicial.

Con esto no se quiere afirmar que los argumentos bioéticos utilizados en la resolución que se revoca no tenga entidad o que no sean más que respetables.

Lo que se quiere significar es que la suerte de la anterior medida judicial selló la del futuro uso de esos gametos, y que el Estado no puede ser incoherente cuando las circunstancias no han cambiado, y cuando la legislación aplicable al momento de la extracción de la muestra era completamente favorable al pedido de la actora.

Y ahora lo sigue siendo con el sólo interrogante de la necesidad o no del consentimiento del donante homólogo inconsciente o cadavérico que no está legislada y que como tal constituye una laguna en nuestro derecho que sólo puede ser integrada en función de los principios y derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia.

Por las razones expuestas el recurso debe progresar y revocarse la resolución impugnada.

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso interpuesto por la Sra. M. C. S. y en consecuencia revocar la resolución impugnada la que en definitiva dispondrá:  
"I. Hacer lugar a lo peticionado y en consecuencia autorizar al Dr. Juan Manuel Olivares y/o a Creo SRL a hacer entrega a los profesionales y/o instituciones médicas designadas por la Sra. S. siempre que cumplan con los requisitos formales establecidos por la Ley 26862, de los gametos extraídos del Sr. J. D. conforme fuera autorizado en el expediente N°118299 "S., M. C. p/ medida autosatisfactiva" originarios del Vigésimo Primer Juzgado en lo Civil."

"II. Autorizar a la Sra. M. C. S. a requerir de los profesionales o de las instituciones médicas que ella designe a utilizar dichos gametos 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 a los términos del art. 7 de la Ley 26862 y hasta el término que ella prevé."

"III. Autorizar a los profesionales que conforme al dispositivo anterior designe la Sra. M. C. S. a utilizar los gametos extraídos de su difunto esposo Sr. J. D., conforme fuera autorizado en el expediente N°118299 "S., M. C. p/ medida autosatisfactiva" originarios del Vigésimo Primer Juzgado en lo Civil, en las técnicas de fecundación asistida que mejor convengan a la paciente mediando siempre el consentimiento informado requerido por la Ley 26862".



"IV. Imponer las costas a la peticionante.

"V. Regular los honorarios de los Dres. Juan Byttebier y Rafael Monllor en la suma de \$ 1.500 y \$ 2.100 respectivamente (art. 10 LA).

II. Imponer las costas de Alzada a la peticionante.

II. Regular los honorarios de los Dres. Fernando Sevilla y Nicolás Byttebier en las sumas de un mil doscientos sesenta pesos (\$ 1260) y novecientos pesos (\$ 900) respectivamente.

Notifíquese y bajen.