En la ciudad de Santa Rosa, capital de la provincia de La Pampa, a los 31 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala A del Superior Tribunal de Justicia integrada por su presidente, Dr. Eduardo D. Fernández Mendía y por su vocal, Dr. José Roberto Sappa, a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “**[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]** contra **INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE** sobre **AMPARO**”, expte. n° 1607/17, registro Superior Tribunal de Justicia, Sala A, del que-----

RESULTA:-----

----- I.- A fs. 145/153 vta., **[REDACTED]**, abogado, en el carácter de apoderado de la parte demandada, ISS-Sempre, con el patrocinio letrado de **[REDACTED] [REDACTED]**, abogada, interponen recurso extraordinario provincial en los términos del inciso 1° del art. 261 del CPCC contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, que a fs.141 vta. resolvió: “*I. Confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida con costas dealzada a la parte demandada vencida (art 62 CPCC)*”.-----

----- Acreditan el cumplimiento de los recaudos formales, y relatan los hechos de la causa diciendo que la señora **[REDACTED]** **[REDACTED]** interpuso acción de amparo contra el ISS-SEMPRE a fin de que la obra social le cubra un tratamiento de reproducción asistida, mediante la implantación de un embrión criopreservado y autorice su realización en el centro asistencial

Pocrearte (Red de Medicina Reproductiva y Molecular).-----

----- Dicen que su parte contestó la demanda solicitando el rechazo del amparo con sustento en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad vigentes con sujeción también a las normas que regulan al ente autárquico.-----

----- Expresan que en la sentencia de primera instancia se hizo lugar a la pretensión de la accionante, y se ordenó que, dentro de un plazo de 10 días, se otorgara a la afiliada la cobertura integral del proceso de reproducción asistida, decisión que, apelada por su parte, fue confirmada por la Cámara de Apelaciones.-----

----- Párrafos más adelante señalan que, en primer lugar, se presenta un supuesto de violación de la ley por prescindir el *ad quem* de aplicar la norma que comprende claramente la situación de hecho.-----

----- A su entender, tanto en una como en otra sentencia se desechan de manera arbitraria e injustificada los artículos 59, 560, 561, 562, 563 y 575 del Código Civil y Comercial de la Nación.---

----- Aclaran que el Sempre venía prestando cobertura integral a la señora [REDACTED] desde su ingreso al programa de fertilización asistida y conforme a ello la nombrada accedió al primer intento de transferencia de embriones criopreservados con el previo, libre e informado consentimiento prestado por el Sr. [REDACTED]

----- Sin embargo, señalan que unos meses después de ese primer intento fallido, fallece la pareja de la accionante y pasado un tiempo, la

señora [REDACTED] vuelve a solicitar el pedido para efectuar un segundo intento el cual es denegado por su representada.-----

----- Indican que tanto en la sentencia de primera instancia como en la de la Cámara —con excepción del voto de la Dra. Albores— insisten en diferenciar los casos de fecundación *post mortem* de los de transferencia de embriones en iguales circunstancias poniendo el acento en que aunque no se encuentre legislado expresamente debe ser permitido por el principio de clausura (art. 19, CN).-----

----- Aclaran que lo que cuestiona la obra social es la ausencia del consentimiento informado, libre y previo a la segunda práctica por parte del señor [REDACTED] y no por un capricho administrativo sino por una exigencia legal.----- Reproducen

las normas pertinentes del caso, definen el concepto de voluntad procreacional y luego sostienen que a los fines filiales no es importante quién o quiénes aportaron el material genético sino quiénes plasmaron su voluntad con el debido consentimiento.-----

----- Manifiestan que el Código establece de manera expresa que este consentimiento debe ser en forma previa al inicio de las técnicas de reproducción o de cada tratamiento. Además debe ser informado, es decir, debe comprender los alcances del uso de las técnicas, y por último, libre, vale decir, sin coacción ni presión de ningún tipo.-----

----- Añaden que el

mismo Código excluye de manera precisa la posibilidad de un consentimiento presunto, ante lo cual, a su entender, *"...si el consentimiento por diferentes razones no pudo ser manifestado con los requisitos que prevé la norma se entiende que no se pueden aplicar las reglas relativas a la filiación derivadas de las técnicas de reproducción humana asistida"* (fs. 151 vta).-----

----- Entienden, por último, que las costas debieron haber sido impuestas en el orden causado, habida cuenta de que el accionar del ISS ha sido ajustado a derecho y además le estaba vedado obrar de otra manera bajo el riesgo de incurrir en incumplimiento de los deberes de funcionario público.----- Es por ello que solicitan que el Superior Tribunal ~~revoque la sentencia~~ impugnada con costas a la actora, o en su caso, que se impongan en el orden causado.----- Ponen en conocimiento de que al día de la presentación de este recurso la actora no ha concretado el tratamiento, pese a que contaba con sentencia favorable.-----

Mantienen la reserva del caso federal en los términos del art. 14 de la Ley N° 48, por encontrarse en juego la aplicación de principios y garantías de raigambre constitucional tales como el derecho de propiedad, el de defensa en juicio, y de igualdad ante la ley, reserva que fuera efectuada oportunamente a fs. 89 punto V y mantenida a fs. 574, punto II.-----

----- Por último, peticionan se haga lugar al recurso

extraordinario interpuesto, casando la sentencia dictada.-----

----- II.- Admitido el recurso por la Cámara de Apelaciones, este Superior Tribunal lo declara *prima facie* admisible, a fs. 162/162 vta. en los términos del art. 261 inciso 1º.-----

----- III.- Corrido el traslado a la parte recurrida, contesta a fs. 165/167 vta. y solicita que se rechace el recuso interpuesto.-----

----- IV.- A fs. 168 se llama autos para sentencia y;-----

CONSIDERANDO: -----

----- **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Resulta fundado el recurso interpuesto con arreglo al inciso 1º del art. 261 del CPCC?

SEGUNDA CUESTIÓN: en su caso, ¿qué solución corresponde adoptar?-----

----- **PRIMERA CUESTIÓN:** -----

-----El presidente de la Sala Dr. Eduardo Fernández Mendía dijo:-

1º) Que este Tribunal debe abocarse al examen de procedencia del recurso articulado al que se le adscribe en su presentación – Capítulo Objeto– haber incurrido en violación de la ley, y de un modo particular en los arts. 9, 10, 19, 59, 560, 561, 562, 563 y 575 del Código Civil y Comercial argentino; arbitrariedad de la decisión por aplicación errónea de la ley vulnerando el principio de razonabilidad (art. 28 de la CN).----- En segundo término imputa errónea valoración de la ley en la imposición de las costas como condena accesoria en la resolución en crisis.-----

----- 2º) Debemos

interrogarnos de manera liminar si la sentencia del tribunal anterior incurrió en las inobservancias señaladas, en los términos del recurso extraordinario.----- Sumariamente, podemos recordar que el vicio de violación de la ley, abarca en principio una trilogía de no aplicación de la norma adecuada, defectuosa aplicación de la norma o equívoca aplicación de la norma.----- Hitters atribuye a Morello haber destacado dos aspectos de la violación, por un lado el negativo, esto es el desconocimiento y subsiguiente inaplicación del precepto por parte del juzgador, y, el positivo, cuando el juzgador analiza la norma pero distorsiona su aplicación al *sub discussio*.----- 3º) Ingresando a nuestro examen y ponderación, subrayamos dos defectos iniciales del recurso que afectan su idoneidad. El primero entremezclar promiscuamente y sin argumentación plausible, la existencia de violación colectiva de normas con la errónea aplicación de las mismas por falta de razonabilidad.-----

----- El segundo aspecto de deficiencia técnica estriba en atribuir violación a algunas normas no aplicadas ni valoradas por el *a quo* y omitir la impugnación de todas las que sirvieron de fundamento al fallo apelado, de un modo especial y necesario con los del primer votante, fragmento de la sentencia que provoca ontológicamente el agravio excepcional, junto con el voto que dirime la discordia colegial.-----

----- Habiendo señalado los defectos de fundamentación del

recurso, en mi opinión, resulta menester –de manera preambular en este voto– dejar claro que solo me referiré a los agravios medulares de aquél, soslayando algunos análisis que se realizan en la sentencia de Cámara, por ser extraños a la congruencia impugnativa e innecesariamente analizados por su ajenidad, tanto jurídica como axiológica.-----

----- 4º) Ingresando al desacuerdo de la demandada con el voto de la mayoría en el tribunal *a quo*, se consigna de manera medular que la voluntad procreacional se materializa con el consentimiento previo, libre e informado, con arreglo a lo estatuido en los arts. 561 y 575 del CCC, excluyendo –según el recurrente– de manera precisa toda posibilidad de consentimiento presunto, por lo cual, si el consentimiento por diferentes razones no pudo ser manifestado con los requisitos que prevé la norma, se entiende que no se pueden aplicar las reglas relativas a la filiación derivadas de las técnicas de reproducción humana asistidas.----- Ahora bien, cabe preguntarse si los artículos en análisis dan respuesta adecuada al *sub discussio* a la luz del nuevo paradigma del artículo 2º del CCC.----- En tal sentido adelanto mi posición interpretativa como lo he hecho en anteriores fallos cuando la literalidad de la norma no proporciona una solución directa o explícita en la labor de la subsunción de la plataforma fáctica a la normativa.----- Señalaba Jorge J. Llambías en su obra *Tratado de Derecho Civil*, parte general, 5ta. Edición act., Editorial Perrot, pág. 118, que “...el

resultado de la interpretación es un elemento de la hermenéutica de enorme valor. No se trata, desde luego de definir, siempre la inteligencia de la norma por el mejor resultado que espera obtener de ella el intérprete, pero en ocasiones esa finalidad no será compatible con la verdad de la norma. Tampoco en el derecho el fin justifica los medios, pero en cambio cuando legítimamente sea dable extraer de la norma dos o más significaciones, entonces sí será ineludible optar por la interpretación que reporte el mejor resultado, o sea el más justo y conforme a las exigencias de la materia social sometida al imperio de la norma en discusión”.-----

----- En esa misma línea de pensamiento, Néstor P. Sagués, en su obra *Derecho Procesal Constitucional, Recurso extraordinario* al analizar los tipos de interpretaciones de la norma, consigna que dentro del subtipo interpretación arbitraria-inexacta, se encuentra la variable infiel que se da cuando el exégeta realiza una interpretación literal de la norma, posponiendo o ignorando la finalidad de ello, de modo tal que así se frustra el objetivo perseguido por el precepto o institución en cuestión. En resumen, para no ser arbitraria, la interpretación debe ser finalista, tratando de no perjudicar las metas y objetivos del legislador (CSJN, Fallos: 30:235; 308:975).-----

----- Sentada la premisa hermenéutica a utilizar para este caso concreto a dirimir y sin que esto importe fijar posición respecto de la fertilización asistida ni en lo que atañe a la temporalidad de

la concurrencia que en el *sub discussio* no conforman el *holding* o núcleo básico de la resolución.-----

----- Es más, se torna imprudente en institutos que aparecen como novedad social, cultural, económica, antropológica en el escenario jurídico adicionar o incluir como adenda *obiter dicta* en los fallos que pueden confundir a la configuración del precedente de un tribunal superior.-----

----- Hecha esta salvedad debo ingresar a la valoración de lo medular del agravio excepcional.-----

----- 5º) Para ello resulta pertinente situarnos en el contexto fáctico donde se produce el conflicto de intereses entre las partes.-

----- Conforme surge del escrito de demanda, la señora [REDACTED] y [REDACTED] estaban en pareja desde el 6 de enero de 2010 y ante la imposibilidad de concebir un hijo, decidieron someterse a un tratamiento de reproducción asistida.-----

----- Ante un diagnóstico de disminución de la reserva ovárica, se propone la opción de la ovodonación, alternativa que la pareja acepta y acuerdan en realizar dicho tratamiento.-----

El 27 de mayo de 2014, el Directorio del ISS resolvió autorizar el ingreso al Programa de Fertilización Asistida (fs. 6), mientras que el 13 de junio del mismo año, la pareja prestó el respectivo consentimiento informado (fs. 8/9vta) y si bien la práctica se llevó a cabo, no se obtuvieron resultados, no obstante lo cual quedaron embriones criopreservados.----- Pocos

tiempo después, el 10 de octubre de 2014, fallece el señor [REDACTED] por una cardiopatía vascular (fs. 22), y unos meses más tarde, el 9 de febrero de 2015, la actora solicita la derivación y cobertura médica integral de fertilización asistida en un centro de salud de la ciudad de Buenos Aires, establecimiento en el que *“están conservados embriones generados oportunamente por quien en vida fuere mi concubino [REDACTED] [REDACTED], (con) donante de óvulo”* (fs. 21).----- Mediante Resolución N° 1003/15, el ISS rechazó el reconocimiento y anticipo de la prestación alegando que: a) la petición no se encuentra regulada en la Ley N° 26.862 ni en su decreto reglamentario ya que no contempla la realización del tratamiento con uno de los progenitores fallecidos; y a mayor abundamiento que b) que según la Convención de los derechos del niño, estos tienen el derecho de conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, lo que no ocurrirá en este caso; c) que la muerte de [REDACTED] frustró la posibilidad de retractarse del consentimiento e impide conocer si la voluntad procreacional que manifestó al prestar consentimiento para la criopreservación de gametos continúa vigente; y d) que esa imposibilidad influye sobre los derechos del niño por nacer ya que se lo estaría privando de tener un padre que ejerza todos los derechos y deberes provenientes de la responsabilidad parental (fs. 41).----- Por su parte, al momento de interponer el recurso extraordinario provincial alegaron un supuesto de violación de la ley puesto que tanto en la

sentencia de primera instancia como luego la de Cámara desecharon “...de una manera arbitraria e injustificada lo claramente legislado en los arts. 59, 560, 561, 562, 563 y 575 del CCC” (fs. 148 vta), normas que integran las reglas generales sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida, en especial, el consentimiento, la voluntad procreacional y el emplazamiento filial.----- Como se desprende del relato de los hechos, la obra social opuso reparos para cubrir la cobertura médica integral de fertilización asistida requerida por la actora alegando, en primer lugar, que ni en la Ley N° 26.862 ni en su decreto reglamentario se encuentra regulada la realización del tratamiento cuando uno de los progenitores ha fallecido.----- Resulta útil precisar que, conforme los considerandos del Decreto N° 956/2013, la ley citada tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.----- Establece además que pueden acceder a las prestaciones 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.----- Así, el art. 7° dispone: “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 N° 26.529, 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”.----

----- Por su parte, el art. 8°, primera parte, *in fine* establece que la autoridad de aplicación no puede introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.----- 6°) Ahora bien, del análisis de la ley de reproducción médicamente asistida y de su decreto reglamentario, surge que efectivamente la petición de la actora de implantación de los embriones crioconservados luego del fallecimiento de su pareja no se encuentra expresamente considerada.----- Asimismo no debe perderse de vista que la interpretación de la Ley N° 26.862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia en íntima conexión con el derecho a la salud.----- Y también que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana.----- Por otra parte, la Ley N° 26.862 también 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 (considerandos del Decreto N° 956/2013).----- Por tales razones, en definitiva, entiendo que la negativa de la obra social en cubrir la prestación requerida con el argumento de que no está contemplada en la Ley N° 26.862 carece de sustento jurídico.-----

----- 7°) Alegan también la falta del consentimiento renovado de la pareja de la actora para la implantación de los embriones criopreservados restantes, en los términos de los artículos 560, 561, 562, 563 y 575 del CCC.-----

----- Vale recordar que el señor [REDACTED] falleció 49 días después de haber dado su consentimiento informado ante el instituto Procreate para el tratamiento de fertilización *in vitro* con donación de óvulos, documento que suscribió conjuntamente con la actora, conforme surge de la copia agregada a fs. 82.----- Hay que aclarar también que antes de su deceso se implantaron dos embriones que lamentablemente no siguieron el curso de su desarrollo.-----

----- Ahora bien, la obra social demandada pretende imponer a esta situación, --que como ya expresé no tiene regulación legal específica--, disposiciones que se vinculan directamente con la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, tema que excede el marco de las pretensiones de estas actuaciones, dado que aquí no se discute el

emplazamiento filial sino si a la demandada le corresponde o no cubrir el costo de la implantación de los embriones ya fecundados.-----

----- Interpretar esa omisión del texto legal como una negación del derecho de la peticionante, es realizar una inadecuada hermenéutica y parcialización de la ponderación, haciendo prevalecer un vacío para denegar un derecho de índole esencial de primera generación.-----

“Un caso –explica Carlos Cossio– siempre se resuelve por la totalidad del ordenamiento y nunca por una sola de sus partes, tal como el peso de una esfera gravita sobre la superficie que la soporta aunque sea uno solo el punto que toma contacto” (Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad, 2da. Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964, pág. 454).-----

----- Si observamos que para que supuestos actos en vida de una persona tengan efectos *post mortem*, en orden a la exteriorización del consentimiento informado, encontramos en el nuevo código civil normas que analógicamente dan respuesta a este vacío que se intenta llenar como negación.----- Así tenemos el art. 61, referido también a derechos y actos personalísimos, en donde se preceptúa que si la voluntad del fallecido no ha sido expresada o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente o en su defecto a los parientes conforme el orden sucesorio.-----

----- Es el mismo espíritu que se vislumbra en la última parte del art. 59 del ordenamiento en análisis.-----

----- Pero más allá de estas claras analogías que dan respuesta al “vacío” legal, importa subrayar que la CSJN ha decidido reiteradamente que al interpretar las leyes debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida por las normas, indagando lo que dicen jurídicamente por encima de lo que dicen literalmente. Es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución nacional (doctrina de Fallos: 297:142 y sus citas de Fallos: 207:140; 255:192).-----

----- En otro pronunciamiento y con remisión al dictamen del señor Procurador General ha expresado, en Fallos 303:578, que la interpretación de la ley comprende, además de la armonización de sus preceptos, su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 271:7).-----

----- Empero lo medular en la expresión de la Corte en cuanto a hermenéutica legal lo condensa en Fallos: 274: 300 y 276:218 al señalar “*que la interpretación requiere máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne a las normas pueda llevar a la pérdida de un derecho*”.-----

----- Respecto de las demás normas que se adscriben vulneradas al no existir agravio técnicamente atendible, no se ingresa a su consideración.-----

----- Sin perjuicio de lo expuesto y pese a que en este proceso no está en discusión la filiación *post mortem*, entiendo que no existen razones para dudar de la voluntad procreacional expresada por el señor [REDACTED] a fs. 82 a tan sólo un mes y medio antes de su fallecimiento. Así tampoco tengo indicios de que en ese breve lapso hubiera revocado el consentimiento brindado para concretar el proyecto familiar.-----

----- En definitiva, los argumentos desarrollados en este considerando tampoco constituyen razón válida para rechazar el pedido de derivación y cobertura médica integral de inseminación asistida en un centro de salud de la ciudad de Buenos Aires requerido por la parte actora a fin de lograr la implantación de los embriones generados oportunamente por quien en vida fuere su concubino [REDACTED] y con donante de óvulo.-----

----- Las consideraciones que he efectuado resultan suficientes para dar respuesta negativa a la PRIMERA CUESTIÓN.-----

----- Seguidamente, a fin de dar respuesta a la misma cuestión, el Dr. José Roberto Sappa dijo: -----

----- 1º) Si bien coincido con la decisión a la que arriba el colega preopinante, entiendo que la controversia traída a estudio justifica añadir otros argumentos que pasaré a desarrollar.-----

----- Tal como surge de los antecedentes fácticos detallados en el voto que me precede, la controversia se vincula con la llamada fecundación *post mortem*, que ha generado amplios debates, tanto

en la doctrina como en la jurisprudencia, por lo que bien vale detenerse sobre algunos de los aspectos involucrados.-----

2º) En primer lugar, cabe destacar que la sanción de la Ley N° 26.862 y de su decreto reglamentario N° 956/2013, de acceso integral a los procedimientos de técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida –a la que la provincia de La Pampa ha adherido mediante la Ley N° 2737– implican un avance normativo que garantiza la igualdad y el acceso indistintamente de las posibilidades reproductivas de quienes pretenden ser madre o padre y resuelven el inconveniente sobre la cobertura médica integral de las prácticas de fertilización asistida para quienes se encuentran imposibilitados de llevar a término un embarazo.-----

----- Sin embargo, no regula en forma expresa determinadas técnicas de procreación asistida, específicamente, la gestación por sustitución y la filiación *post mortem*.----- En el

anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación figuraba una norma (art. 563) que regulaba la denominada fecundación *post mortem*, pero fue eliminada luego por el Congreso, con lo cual se perdió una valiosa oportunidad de legislar sobre ello, quedando de ese modo nuestro país relegado respecto de otras legislaciones de vanguardia en la materia como España, Grecia y con algunas limitaciones, Gran Bretaña, Bélgica y Portugal (María Famá, *La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*, 02/05/2014, SJA 2014/05-3, JA 2014-1).-----

----- Aún a título de curiosidad, vale la pena transcribir el art. 563 mencionado que regulaba la cuestión del siguiente modo: *“Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.*-----

----- No rige, sin embargo, lo dispuesto si se cumple con los siguientes requisitos: *“a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.*-----

----- De todos modos, reitero que esta norma fue eliminada por el Congreso nacional, por lo que la cuestión carece de regulación específica.-----

----- 3º) La fecundación *post mortem* consiste en la aplicación de técnicas de reproducción asistida luego del fallecimiento del marido o pareja. En general, suelen distinguirse tres situaciones: 1) la fecundación se practica con semen congelado del prefallecido: es el supuesto en que la mujer se fertiliza artificialmente con material genético del o la cónyuge o

conviviente fallecido durante el proceso de fertilización, 2) cuando la mujer hace extraer material genético del cadáver del cónyuge o conviviente fallecido repentinamente y luego se hace fecundar y 3) el caso de la transferencia de embriones *post mortem*, vale decir, el embrión concebido *in vitro* en vida de los progenitores, implantado en el seno materno después del fallecimiento de su padre (Soledad Briozzo, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem*, DFyP 2017, 48, AR/DOC/1208/2017).----- Sobre el particular Sambrizzi expresa que el supuesto de fecundación *post mortem* se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de la persona fallecida. En cambio ello no es así cuando ocurre la implantación en la mujer de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón, puesto que, en tal caso, la fecundación se había producido con anterioridad a la muerte (cfr. Eduardo Sambrizzi, *Fecundación post mortem*, LL, 2012-A,850).----- Desde una misma posición contraria a las técnicas, Ferrer se pronuncia diciendo que el supuesto de la transferencia de embriones *post mortem*, es decir, el embrión concebido *in vitro* en vida de ambos progenitores que es transferido al útero materno después de la muerte de su padre, es el que no genera las fuertes objeciones a que dan lugar las anteriores técnicas (Francisco Ferrer, *La función del derecho, las técnicas de procreación humana post mortem y el derecho sucesorio*, LL cita on line 0003/010627).-----

----- En otras palabras, la transferencia *post mortem* de embriones no merece mayores objeciones incluso de quienes se manifiestan contrarios a estas técnicas.----- Incluso los antecedentes jurisprudenciales se refieren a la transferencia de material genético después de la muerte y no de embriones.-----

----- En efecto, – tal como lo reseña la jueza de primera instancia–, el primero en nuestro país data del año 1999, cuando un juez aceptó el pedido de una mujer española –quien pasaba aquí su luna de miel cuando muere su marido– de extracción compulsiva de semen para realizarse un tratamiento de fertilización asistida (Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 10, a cargo del Dr. Raúl Irigoyen).----- Muchos años después, en 2011, se registra otro caso, en el que una viuda se presenta solicitando autorización para utilizar material genético criopreservado (gametos, no embriones) de su marido quien había fallecido a causa de una enfermedad en medio de un proceso de TRHA. Aquí, el Tribunal N° 3 de Morón dictó una sentencia en la que permitió a la mujer el acceso a esta técnica basándose en la norma de clausura prevista en el art. 19 de la Constitución nacional (21/11/2011, “G. A.P. s/autorización”).----- Existe otro caso, que data de diciembre de 2012, luego de un accidente de tránsito conocido como la tragedia de Flores acontecida el 13/09/2011, en el que fallece Pablo, esposo de Carolina quien solicitó una

extracción compulsiva del semen del difunto para su posterior utilización, autorización que le fue concedida (expte. 61878/2013, “N. O. C. P. s/Autorización”, Juzgado Nacional Civil N° 87, 05/05/2016).----- 4°) Por otra parte, es de destacar que en la doctrina jurídica argentina se observan dos tendencias bien diferenciadas respecto de estas prácticas.-----

----- En efecto, quienes se posicionan en contra de la fertilización *post mortem* –incluso también contra las TFHA– alegan que se estarían creando niños deliberadamente huérfanos, que el embrión criopreservado es persona, y en algunos casos señalan una supuesta violación al interés superior del niño (cfr. Eduardo Sambrizzi, *Fecundación post mortem*, LL, 2012-A,850; Francisco Ferrer, *La función del derecho, las técnicas de procreación humana post mortem y el derecho sucesorio*, LL cita on line 0003/010627).-----

----- Mientras que los argumentos de los profesionales que se manifiestan a favor se centran, en primer lugar, en la autonomía de la voluntad que se manifiesta a través de un proyecto parental en el que cobra especial importancia la exigencia de un consentimiento expreso para la realización de la práctica. También en el hecho de que el embrión *in vitro* no es persona, por lo tanto la FPM no es solamente viable cuando existen embriones sino también cuando se trata de material genético criopreservado.----- Asimismo, desde esta misma óptica entienden que existen diversidad de modelos de familia, y

por ello la monoparental es perfectamente válida y por tanto entienden que no se puede hablar de niños huérfanos (Agustina Pérez, *Fertilización post mortem: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país*, AP/DOC/2832/2013, citas n° 32 y 33).-----

----- 5°) Retomando los conceptos que he vertido en párrafos anteriores, manifiesto que, a mi juicio, ni la Ley N° 26.862 ni su decreto reglamentario N° 956/201, establecen una prohibición expresa de fecundación *post mortem*.-----

----- Por el contrario establecen una serie de principios y directrices que creo importante puntualizar porque estructuran los fundamentos de la decisión.-----

----- Así, el Decreto N° 956/2013 (BO, 23/07/13) establece en sus considerandos que la Ley N° 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.----- Agrega 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.-----

----- Asimismo se remarca en el mismo decreto que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-

asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 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 los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Añade que la Ley N° 26.862 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.----- Igualmente se expresa que la Ley N° 26.862 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.----- Agrega que la cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los tres subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga).----- Por último remarca que la ley en cuestión sigue lo prescripto científicamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las

técnicas de reproducción médicamente asistida.-----

----- Por su parte, el art. 7 de la Ley N° 26.862 8BO.26/06/13), al establecer los beneficiarios dispone: *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 consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.*-----

----- De este modo, 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 su art. 10 que sus disposiciones son de orden público y por ende, prevalecen sobre cualquier interés particular.--

----- En otras palabras, el Estado argentino, en cumplimiento de su deber de garante del elenco de los derechos humanos reconocidos en nuestra Carta Magna instrumenta el texto normativo citado 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 médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (“S., M.C. s/medida autosatisfactiva// Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de

Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/14, RC J 6303/14).-----

----- La sanción de la Ley N° 26.862 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 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.-----

----- Según expresa Andrés Gil Domínguez, la Ley N° 26.862 reconoce el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la ciencia ofrezca. Agrega también 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 (*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 AR7DOC/2629/2013).-----

----- 7º) También la obra social fundamentó su negativa a cubrir la práctica requerida alegando que la temprana muerte del señor [REDACTED] frustró la posibilidad de que retractara el consentimiento prestado oportunamente e impide conocer si la voluntad procreacional que manifestó al prestar consentimiento para la criopreservación de gametos (esperma) continúa vigente (fs. 41/41vto). Vale aclarar que en realidad son embriones sin implantar los que se encuentran criopreservados, y no gametos.----

----- Estos argumentos nos remiten a los dos institutos que sostienen la filiación por TRHA: el consentimiento y la voluntad procreacional, por lo que entiendo resultará esclarecedor formular algunas consideraciones al respecto.-----

----- En efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora un tercer tipo de filiación que es la derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, por lo que en consonancia con ello, regula las reglas, principios y situaciones propias de esta nueva causa fuente filial.-----

----- En lo que aquí interesa destacar el art. 560 del CCC prevé que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de

gametos o embriones.----- Por su parte, el art. 562 del mismo ordenamiento dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.----- De este modo se inaugura el capítulo específico dedicado a este tipo filial, que se regula en primer término dado su novedad, interesándose por uno de sus pilares: el consentimiento que debe ser previo, informado y libre.----- Esta es la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional cuya importancia se materializa en el hecho de que debe ser actual, y de allí que se necesite la renovación del consentimiento en los mismos términos (previo, informado y libre) antes de cada práctica o procedimiento médico. En otras palabras, antes que quien o quienes quieran ser padres se sometan a las TRHA, cualquiera sea la modalidad que se trate, de alta o baja complejidad, se utilicen gametos o embriones de la propia pareja o de terceros, el centro de salud interviniente debe recabar el correspondiente consentimiento.-----

----- Como ya expresé en párrafos anteriores, el ISS se sustenta en estos conceptos –entre otros– para denegar la cobertura de la práctica.-----

----- Sin embargo, advierto, en primer lugar, que esta regulación se aplica solamente a las TRHA ya que los procedimientos vinculados con la fecundación *post mortem* fueron descartados en el Código Civil y Comercial, es decir, que estas prácticas no están reguladas en el mencionada cuerpo legal, al igual que tampoco en la Ley N° 26.862.----- Sin embargo, el caso traído a estudio debe ser examinado desde otra perspectiva porque, reitero, carece de regulación y por ello también debe reexaminarse la cuestión del consentimiento.----- Son muchos los interrogantes que suscita el tema del consentimiento en esta materia, tales como, si es necesario, si basta el consentimiento para la fecundación o se requiere específicamente que lo sea para la fertilización *post mortem*, si caduca por la muerte del marido o la pareja, si puede ser tácito, etc.-----

----- No me extenderé en el desarrollo de las distintas teorías, dado que en este proceso no se está discutiendo el emplazamiento filial, pero destaco la postura que razona que si un hombre –marido o compañero– consiente en la extracción de su esperma para que mediante una fertilización artificial, fecundación extracorpórea o GIFT se lleve a cabo la fecundación y fallece antes de que se concrete la práctica y sin que exista expresión de su voluntad en el sentido de consentir su realización en esas circunstancias, de todos modos corresponde, en principio, considerar que se ha configurado el consentimiento al menos tácito de que el

procedimiento sea efectuado. Hoy en día se sabe que la fecundación practicada con estas técnicas, en especial, si se crioconserva el semen, puede concretarse después de la muerte de quien proporcionó los gametos. Por ello es dable presumir salvo prueba en contrario que si guardó silencio sobre esta posibilidad en forma tácita se la ha consentido. O al menos, no existió oposición a ello (Marisa Herrera y Carlos A. Carranza Casares, *La fecundación post mortem y su incidencia en el derecho de filiación*, 0029/000037 y su cita n° 14).-----

----- Las precedentes consideraciones no implican ninguna toma de partido de mi parte, pues no es ese el antecedente fáctico del caso sometido a mi consideración, en el que se pretende transferir los embriones ya fecundados en vida de la pareja de la actora, por lo que, estrictamente hablando, ni siquiera estaríamos en presencia de un supuesto de fecundación *post mortem*.----- Sin embargo, de esas consideraciones me interesa utilizar el concepto de consentimiento presunto que, por analogía, considero perfectamente aplicable a esta situación.-----

Vale decir, si el señor [REDACTED] había prestado su consentimiento (v. fs. 82) a tan sólo 49 días de su imprevisto fallecimiento, es de presumir que su voluntad procreacional y por ende, su consentimiento se mantenían sin modificaciones, por lo que los agravios de la obra social en tal sentido devienen insustanciales.---

----- 8°) Alega también la parte demandada que se estarían afectado los derechos

del niño por nacer ya que se lo privaría de tener un padre que cuide de él.----- En apreciaciones que comparto se ha dicho que es un principio metodológico de la ciencia jurídica que la legislación no puede exigir lo que la naturaleza no puede brindar. Así, el padre puede morir antes de que el hijo nazca; o puede estar ausente aun habiendo nacido el hijo. En nuestra legislación actual además podría darse el caso de que un donante heterólogo que preste su consentimiento al momento de la donación y que muera antes de la fertilización. En fin, el derecho no puede pretender lo que la naturaleza no puede asegurar (“S., M.C. s/medida autosatisfactiva///Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/14, RC J 6303/14).-----

----- Por otra parte, es de destacar que en la Convención sobre los derechos del niño no se habla del derecho a tener una familia conformada por padre y madre específicamente sino más bien a la necesidad del afecto, es decir, la CDN reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de un niño, éste debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (Agustina Pérez, ob. cit).-----

----- Incluso para los que opinan que el niño o niña nacerá en un hogar disgregado por la ausencia de un padre es preciso recordar que el régimen de adopción permite desde siempre la adopción en forma unipersonal.-----

----- Es por ello que no parecen convincentes los argumentos que discriminan a la mujer sola que se somete a una TRHA porque estaría creando “deliberadamente” un niño huérfano, puesto que si de preservar los derechos del niño se trata, no existe diferencia alguna entre una mujer que adopta sola un hijo y otra que, como la actora, pretende la implantación de los embriones fecundados en vida de su pareja.-----

----- 9º) Volviendo a nuestro caso, cabe recordar que los afiliados ██████████ ██████████ ██████████ y ██████████ ██████████ ██████████ fueron autorizados por el Directorio del ISS a ingresar en el Programa de Fertilización Asistida, previo completar el formulario de consentimiento informado que debería redactar el médico que prescribe la práctica como así también el o los médicos que realicen la técnica de fertilización tal como lo establecen los arts. 5, 6, 7 y concordantes de la Ley N° 26.529, t.o. por Ley N° 26.742 (fs. 11).-----

--- El consentimiento informado exigido por la obra social se encuentra agregado a fs. 13/14 vta. –en este caso suscripto por la actora–, y a fs. 82, por la pareja, por lo que es dable concluir que la demandada había aprobado la técnica a la que debía someterse la señora ██████████, una fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación y mediante la fertilización *in vitro*.----- A su vez, según lo informado por el instituto Procrearte, del procedimiento de reproducción asistida a la que fue sometida la actora se lograron ocho embriones, dos de los cuales fueron

transferidos en ese momento al útero de la actora, mientras que los seis embriones restantes quedaron crioconservados (v. fs. 13/14).-

Ahora bien, luego del fallecimiento de la pareja de la actora es que la obra social se niega a autorizar la cobertura de la segunda etapa del tratamiento, es decir, una nueva transferencia de los embriones restantes o de alguno de ellos, ya que la primera implantación no había prosperado, embriones que, insisto, habían sido fecundados en vida de su pareja.-----

Por otra parte, la cobertura de las prácticas comprendidas en la reproducción médicamente asistida está regida por la Ley N° 26.862 que, como ya lo dije, no contempla expresamente el supuesto de la fecundación *post mortem* pero que tampoco lo prohíbe, por ende su privación no tiene fundamento legal y contraviene el principio de reserva de la ley consagrado en el art. 19 de la Constitución nacional.-----

----- En otro orden, cabe indicar que el emplazamiento filial derivado de una técnica de reproducción asistida –argumentos hacia los que apunta la resolución denegatoria del ISS– es una cuestión distinta que no se puede considerar en este proceso en el que no hay un pretensión de esa naturaleza.-----

----- En definitiva entiendo que la decisión del ISS de negar la cobertura requerida no tiene basamento legal, constitucional ni convencional, por lo que también se impone una respuesta negativa a la PRIMERA CUESTIÓN.-----

SEGUNDA CUESTIÓN: -----

----- Atento el modo en que los suscriptos resuelven la cuestión anterior debe rechazarse el recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 145/153 vta. lo que implica –tal como se decidió en primera instancia y luego confirmado por la Cámara de Apelaciones– que debe hacerse lugar a la demanda interpuesta y condenar al ISS-Sempre a otorgar a su afiliada la cobertura integral del proceso de reproducción humana asistida iniciado en el centro asistencial Procreate.-----

----- Atento la naturaleza particular de la cuestión traída a resolver, las costas de todas las instancias deberán imponerse en el orden causado (art. 62, última parte, CPCC).-----

----- Por todo lo expuesto, la Sala A del Superior Tribunal de Justicia; -----

RESUELVE: -----

----- 1) Rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 145/153 vta. por la parte demandada, lo que implica que debe hacerse lugar a la demanda interpuesta y condenar al ISS-Sempre a otorgar a su afiliada la cobertura integral del proceso de reproducción humana asistida iniciado en el centro asistencial Procreate.-----

----- 2) Imponer las costas de todas las instancias en el orden causado (art. 62, última parte, CPCC). A tal fin regúlense los honorarios de los Dres. [REDACTED] y [REDACTED]

[REDACTED] en forma conjunta, en un 28% de lo que les

correspondiere por la regulación de primera instancia y los de los Dres. [REDACTED] y [REDACTED], en forma conjunta, en un 25% de la misma pauta (artículos 6, 7, 9, 14 y ccdtes. de la Ley de Aranceles), sumas a las que se les adicionará el porcentaje de IVA, de así corresponder.-----

----- 3) Regístrese, notifíquese por Secretaría mediante cédulas y, oportunamente, devuélvase estas actuaciones a su procedencia.---

Dr. José Roberto SAPP
Vocal Sala A
Superior Tribunal de Justicia

Dr. Eduardo D. FERNÁNDEZ MENDÍA
Presidente Sala A
Superior Tribunal de Justicia

Dra. Cecilia Marta BELÁUSTEGUI
Secretaria de Sala
Superior Tribunal de Justicia