

En la ciudad de **SANTA ROSA**, capital de la Provincia de La Pampa, a los días del mes de octubre de 2016, se reúne en ACUERDO la **SALA 3** de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "**A., C. del V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL - SEMPRE s/Amparo**" (Expte. N° 19496/16 r.C.A.), venidos del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de la Ira. Circunscripción Judicial y realizado el correspondiente sorteo, se estableció el siguiente orden de votación: **1º) Dr. Guillermo Samuel SALAS; 2º) Dra. María Gloria ALBORES y 3º) Dra. Norma GARCÍA de OLMOS.**- - - - -

- - - **El Juez Salas, dijo:**- - - - -

- - **I.- La sentencia apelada:** mediante sentencia dictada a fs. 95/105 la jueza *a quo* hizo lugar a la demanda de amparo iniciada por C. del V. A., condenando al INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL (SEMPRE) a otorgar cobertura integral para el proceso de reproducción humana asistida iniciado en el centro asistencial Procreatearte, con costas.- - - - - Contra dicha decisión de la instancia de grado se alza la demandada, quien se agravia a fs. 112/117 por considerar: **1)** que la sentenciante hizo lugar a la acción con falta de razonabilidad, legalidad y coherencia, soslayando -dice- el bloque de constitucionalidad federal, otorgando trascendencia a una jurisprudencia absolutamente minoritaria por sobre las normas vigentes; **2)** que es arbitraria la decisión de imponerle las costas. Sus agravios son resistidos por la parte actora a fs. 119/123.- - - - -

- - - - - **II. Tratamiento del recurso:**- - - - -

- - - - - Ingresando al análisis del primer agravio, diré que el legítimo derecho de C. A. de acceder a la justicia en procura de una respuesta rápida (arg. art. 17 Constitución de La Pampa y 43 de la Constitución Nacional) ha quedado bien habilitado en esta causa, con implicancia sobre los valores salud-vida que se proyectan desde los individuales derechos de la demandante a la libertad, a la salud reproductiva, a la procreación y a la descendencia, y con ello a la constitución y protección de la familia; que nuestro ordenamiento jurídico resguarda asignándoles rango de derecho supraconstitucional (arg. declaración preambular de la C.N. y art. 75 inc. 22; arts. 16 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. VI, XI y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica Ley 23.054), especialmente en la provincia de La Pampa (arg. arts. 1, 6, 31, 81 inc. 15 de la Constitución Provincial).- - - - -

- - - - - En autos la actora, en su calidad de afiliada a la obra social estatal SEMPRE, demanda por vía de amparo prestación integral y gratuita para la práctica de reproducción asistida *post mortem* con embriones generados por la persona con quien mantuvo pareja consolidada durante más de cuatro años, O. A. C., fallecido imprevistamente con posterioridad a que ambos dieran comienzo a un tratamiento de reproducción médicamente asistida (TRHA), con ovodonación, en proyecto procreacional para el que A.-C. exteriorizaron su consentimiento informado (ver fs. 10, 12, 13/14 y 82), siendo tal un hecho no controvertido en este expediente.- - - - -

- - - - - Considero que la situación planteada no se encuentra normativamente pensada ni prevista en la legislación específica aplicable (i.e. Ley Nacional N° 26.862, Ley Provincial N° 2737 y Decreto Reglamentario N° 301/14; ni siquiera en el Cap. 2, Título V del Libro II del nuevo Código Civil y Comercial), razón por la cual a los fines de la elucidación

del derecho aquí en litigio, la interpretación de la ley deberá necesariamente reconocer en modo coherente, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos (arg. art. 2 del CCyC), a lo que se suma la aplicabilidad del art. 19 de la C.N.----- La súbita muerte de C. (cfr. surge del acta de defunción a fs. 22), es según la obra social demandada, aquello que impide que su consentimiento se considere “renovado” en forma previa a la utilización de los embriones generados para el TRHA -que inequívocamente ya había iniciado con su pareja-, entendiendo que ello así se colige de las exigencias que actualmente impone la norma del artículo 560 del Código Civil y Comercial.-----

----- Sin embargo es fácil advertir (propiciando por ello el resultado adverso de la apelación), que cuando el nuevo Código establece la “renovación” del consentimiento de las personas que se someten al uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), prescribiendo además que suceda en cada oportunidad en que se utilicen gametos o embriones, la ley de fondo incurre en una evidente preterición de regulación para las situaciones *post-mortem* de sujetos involucrados.-----

----- Aída Kemelmajer de Carlucci en el año 2009 alertaba al respecto en estos términos: *“La congelación de embriones facilita la posibilidad de la fecundación post mortem, ... Sin embargo, una muerte inesperada puede frustrar la maternidad de una mujer que ha realizado grandes esfuerzos para llegar a ese fin. La exigencia de contar con el renovado consentimiento de la pareja al momento del implante puede significar, en estos casos, priorizar los derechos del centro de salud sobre los de la mujer. La situación, por lo tanto, exige regulación legal.”* (ver *“Procreación Asistida”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Julio-Agosto 2009, Abelardo Perrot, p. 117).*-----

- Bien se describe en el fallo recurrido, que la casuística y el abanico de situaciones posibles pueden ser amplísimos. No obstante, como con acierto lo señala la jueza *a quo*, no es este un caso en el que se demanda extracción para fecundación con gametos (semen) de una persona fallecida, sino uno en el que la obra social estatal niega cobertura para la transferencia de embriones generados (i.e. vida en estado embrionario), que quedaron preservados (ver informe de fs. 23) y que son, en rigor, aquellos para los que en verdad hubo suficiente, relevante y temporánea voluntad, libremente manifestada por quien en vida fue concubino de la actora, con relación al empleo de su propio e individual material genético, con óvulos de donante como lo permite la modernidad y la legislación vigente.-----

----- Y en el amplio campo de las libertades y de las relaciones humanas básicas voluntarias, es donde precisamente los individuos adoptan y van articulando sus propias y relevantes decisiones, siendo así responsables de sus últimas o más recientes y computables acciones como la que consta a fs. 82. Por ello, no corresponde en autos hablar de la necesidad de un consentimiento renovado, sino de cuál fue la última voluntad conocida, libertaria y suficientemente expresada.-----

----- Por lo demás, en el marco de este particular proceso, la procreación de vida asistida no implica dar comienzo a un tratamiento de fecundación, dado que sólo se pretende la implantación de embriones remanentes que aún hoy existen, luego del fracaso de la primera transferencia consentida por los interesados y que la obra social ya había

autorizado. Se trata de ovocitos fertilizados (argumento del *a quo* que no ha sido rebatido), con lo cual no debe desviarse el eje de la discusión. En efecto, una cosa es la transferencia *post mortem* de aquellos embriones generados y aún no implantados como aquí ocurre; otra muy distinta es el uso *post mortem* de gametos reproductores no fecundados, o por qué no, la posibilidad más extrema de extracción compulsiva de material genético a una persona fallecida, sin que esta hubiese tenido posibilidad alguna de expresar su voluntad. Y es en estos dos últimos supuestos, que obviamente no son los del asunto *sub examine*, donde podría tal vez cobrar mayor fuerza la tesis de la forma y el requisito del consentimiento que la parte apelante esgrime para sus- tentar su agravio contra la sentencia que aquí se revisa.- - - - -

- - - - - Comentando recientemente el fallo recurrido en estos obrados, Daniela ZABALETA expresa: "*estrictamente hablando, la transferencia de embriones crioc<sup>o</sup>n servados obtenidos con gametos del causante a la mujer que lo sobrevive ... no constitu- ye un caso de fecundación post mortem, toda vez que la unión del óvulo con el esperma- tozoide que dio lugar a ese embrión se produjo en vida de sus progenitores, siendo el deceso un hecho acaecido con posterioridad a la fecundación pero antes de la implanta- ción de dicho embrión en el útero materno.*" (DFyP 2016, 04/08/2016, 140. Thomson La Ley - Cita online AR/DOC/2172/2016).- - - - -

- - Y refiriéndose a la implantación tras la muerte, J. SAPENA opina: "*Si bien la discusión doctrinaria acerca del estatuto jurídico del embrión sigue en estado de debate ... creemos razonable afirmar que, independientemente de si el embrión congela- do es o no una persona, debe ser objeto de una protección más estricta que los gametos reproductores, pues no se puede desconocer que el embrión congelado es, cuanto me- nos, una persona en potencia.*" "*Ahora bien, cuando la situación es fruto de una eventua<sup>l</sup> lidad, lógicamene no se puede exigir a la mujer que cumpla con los requisitos que debiera haber cumplido si su marido o compañero hubiera estado vivo. Por ejemplo, no se puede exigir el consentimiento de él para la implantación post-mortem, pues su muerte fue accidental ...*" (*ibidem*, Fecundación Post-Mortem, p. 477).- - - - -

- - - - - Por ello es correcta la argumentación de la jueza *a quo* cuando sostiene que la transferencia *post mortem* de embriones no merece mayores reparos y que los asuntos más controversiales se relacionan con las transferencias *post mortem* de material genético. Con lo que, la posición de la parte apelante no supera el necesario test de razonabilidad, en tanto deniega cobertura de su obra social para la situación de transferencia de embriones obtenidos con gametos del fallecido conviviente de la afiliada (habiendo estos últimos conjuntamente expresado su voluntad procreacional por vía asistida), dando lugar paradójicamente a la factibilidad prestacional para otra y muy distinta fecundación, con material genético de donantes completamente anónimos.- - - - -

- - - - - Puntualmente, con relación a la sentencia de grado E. SAMBRIZZI ha opinado: "*Curiosamente ... ambas partes enfocaron el tema como si se tratara de una fecundación post mortem, lo que como bien se afirma en la sentencia, es erróneo, ya que lo que se reclama es la transferencia a la mujer de embriones crioc<sup>o</sup>n servados sobran- tes de una primera transferencia embrionaria fallida. De lo hasta aquí visto podemos concluir que no obstante nuestras discrepancias tanto con relación a la procreación por una mujer sola (por el hecho de nacer el hijo con un solo progenitor), entendemos que la solución admitida en la sentencia es correcta.*" (DFyP 2016, 04/08/2016, 125. Thomson La Ley - Cita online AR/DOC/2167/2016).- - - - -

----- Desde otra perspectiva de análisis, diré también que de acuerdo con el principio de legalidad que se define en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional "*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*" Y ciertamente dicho postulado fundacional opera en la sociedad democrática a modo de garantía de la libertad, protegiéndola de las indebidas interferencias, estableciendo en modo simple que *aquello que según la ley no está prohibido, al individuo le queda permitido.*-----

----- Por tal razón la decisión apelada, además, no es contraria a la ley, pues la ley en sentido formal no veda la posibilidad de la implantación de embriones *post mortem*. El código de fondo vigente desde el año 2015 y las leyes especiales (v.gr. Ley N° 26862/13 de Reproducción Médicamente Asistida, Ley Provincial N° 2737/13 de adhesión de La Pampa a la Ley Nacional, y su Decreto Reglamentario N° 301/14) no contemplan el supuesto de fecundación *post mortem*. Tampoco lo prohíben (arg. art. 19 de la Constitución Nacional). Consecuentemente, la sentencia recurrida es ajustada a derecho.-----

----- Friedrich A. Von Hayek citando a John Locke, puso de relieve que *el fin de la ley no es abolir o restringir la libertad, sino preservarla y extenderla*; rescatando una sentencia H. Triepel pronunciada en estos términos: "*Sagrada no es la ley. Sagrado es únicamente el derecho. Y la ley está bajo el derecho*". (ver HACER Online Library, *Brief Publications*. Hayek, "*Libertad bajo la Ley*" y "*Derecho y Ley*" [en línea], Washington DC, oct 16, 2007 <http://www.hacer.org/library.php>).----- Y

complementariamente, como expresaba desde su ética objetivista Ayn Rand "*Si se desea prestar apoyo a una sociedad libre ... es preciso comprender que su fundamento indispensable es el de los derechos del individuo*" (*Los Derechos del Hombre*. Ensayo, abril de 1963. Ver *La virtud del Egoísmo*, 2009 Ed. Grito Sagrado).----- Una vez

más es oportuno remarcar, como lo tiene expresado la propia Suprema Corte de la Nación, que "*la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley. Ella requiere la determinación de su versión técnicamente elaborada como resultado de una hermenéutica sistemática y razonable*" (Fallos 265:21; 265: 336 y 263:453). Y asimismo, que "*es propio de la interpretación indagar el verdadero sentido y alcance de la ley mediante un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la racionalidad del precepto*" (Fallos 241:267).----- En ese contexto, insisto,

ante la ausencia de regulación legal (i.e. teniendo en consideración que la legislación no se ocupa de la solución *post mortem* para los embriones que, a no dudarlo, sin ser sujetos de derecho, merecen tutela jurídica), por aplicación de los principios jurídicos esenciales, los derechos humanos básicos como el de la procreación en el marco de una sociedad evolucionada, deben contar con un alto grado de protección judicial, por su íntima vinculación con el derecho iusnatural vida, que ni siquiera requeriría para su defensa de un reconocimiento iuspositivo o ley en sentido formal por parte del Estado.-----

----- Cabe encuadrar este voto en la postura iusfilosófica de la "única respuesta correcta" (conocida y postulada como del '*one right answer*' por Ronald Dworkin, autor de la obra *Los derechos en serio*, 1977 publicación original, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press) a la que se arriba acudiendo a los principios jurídicos, cuando el ordenamiento y la codificación, por ser literalmente herméticas, no aportan la llave de la solución. En efecto, "*las lagunas jurídicas resultan cubiertas con la integración de principios de justicia que están fuera del ordenamiento (heterointegración) o principios generales del derecho que están dentro de dicho ordenamiento y que se aplican por analogía*

(*autointegración*).” (ver G. BIDART CAMPOS, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar 1989 p. 69), a lo que es dable agregar que “*el modelo de decisiones judiciales basado en principios, ... explica y justifica adecuadamente el papel de los jueces en un Estado democrático de derecho.*” (Mario MASCIOTRA, La Ley LXXIV 217).- - - - -

- - - - - Creo en definitiva, tomando para ello palabras de Rodolfo Vigo (ver “*Derecho Judicial, Los Principios Jurídicos*”, Depalma 2000, p. 28 y cctes.), que este amparo ha sido sentenciado por la primera instancia, en sintonía y un modo que *nos pone en contacto con aquello que identificamos como propio y como debido por los otros*; que magistralmente Dworkin definió como *estándares, que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.*- - - - -

- - - - - Concluyo que el derecho a procrear se entrelaza con el derecho a la vida y a la salud. Y en esa línea ha señalado el más alto Tribunal de la República Argentina, v.g. en *I.C.F. v. Provincia de Buenos Aires* (Fallos 331:2135) que “*la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental.*” “*La preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas*”. En La Pampa (cfr. Ley N° 2737 y su Decreto Reglamentario N° 301/14) la procreación en forma asistida integra el menú de prestaciones de salud y ésta se identifica con los derechos humanos básicos. Todo ello obliga al Estado, como principal garante de su satisfacción y vigencia.- - - - - Por lo demás, de las constancias que obran en autos se observa que A.-C. han tenido para aquello que atañe a la discusión en este caso, suficiente y adecuado espacio temporal reflexivo como para dar su pleno consentimiento informado a las técnicas de reproducción asistida y a los actos médicos implicados, y con ello, a todos aquellos que consecuencial y derivadamente se intentarían realizar con los embriones criopreservados. En las circunstancias, A.-C. (parafraseando a María BOSTIANCIC en La Ley LXII N° 196 10.10.2008) han sido personas autónomas, e inseparablemente en uso y ejercicio de su autogobierno responsable, habiendo contado con toda la información necesaria y teniendo capacidad para comprenderla.- - - - -

- - - - - Ricardo L. LORENZETTI al tiempo de analizar *la decisión judicial en casos constitucionales* (ver La Ley 01.11.10 LXXIV N° 207) nos plantea que en la *era del desorden, ante la descodificación y aparición de microsistemas de normas con alto grado de autonomía, los jueces tienen cada vez más gravitación en la resolución de los conflictos de todo tipo [interpretando] en un contexto amplio de fuentes plurales.* Y que en un sistema tan abierto resulta muy complejo encontrar criterios de validación [lo cual permite] el ingreso de variados criterios de juzgamiento. Todo ello hace que la tarea del intérprete sea decisiva. ...*Que la ampliación de los espacios de indeterminación ... genera una creciente litigiosidad y un mayor protagonismo del Poder Judicial.* Que sabemos y debemos reafirmar a esta altura que la misión jurisdiccional del juez, cual estadista republicano, es ejercer con humildad la soledumbre de su independiente poder, sin pretender imponer sus propias convicciones, protegiendo las garantías

individuales. *El juez constitucional es un identificador de los consensos básicos de la sociedad y no quien decide sobre la base de sus propias concepciones de la vida. Y que en los acuerdos básicos que dan origen a la sociedad, los "derechos fundamentales" se definen por su carácter fundante y no fundado ... no pueden ser derogados por las mayorías ni por el mercado ... establecen un piso mínimo inderogable. ... Por ello la jurisprudencia se orienta hacia la admisibilidad de derechos ... a las prestaciones de salud, etc.*-----

-----El examen de las decisiones debe hacerse conformando siempre un *estándar de razonabilidad* y en tal sentido el Supremo Tribunal de La Pampa, a través del voto dirimente de uno de sus jueces intervinientes e/a *De Biasi v. Provincia de La Pampa* (27.12.10 Sala B, Causa N° 12/08 r.S.T.J.), ha mencionado que no sólo la ley, los actos administrativos, los actos de los particulares, sino también las sentencias son susceptibles de ser analizadas *a través del prisma de la razonabilidad.*-----

----- Por último, en lo que respecta al segundo agravio relativo a las costas, deberá ser desestimado conforme se resuelve, por aplicación estricta de la regla general prevista en la norma del art. 62 del CPCC.-----

**La Dra. Albores, en disidencia, dijo:**-----

----- He de disentir con el distinguido colega preopinante en la solución dada al caso, por los fundamentos que seguidamente expongo.-----

- Contra la sentencia que hace lugar al amparo presentado por la actora condenando al Instituto de Seguridad Social - Servicio Médico Previsional de la Provincia de La Pampa (ISS-SEMPRE) demandando a que le otorgue a aquella (su afiliada) la cobertura integral del proceso de reproducción humana asistida iniciado en el centro asistencial PROCREARTE, apela el demandado esgrimiendo dos agravios: la falta de razonabilidad, legalidad y coherencia con la cual la Sra. *Juez a quo* hizo lugar a la demanda interpuesta por la actora, y por la imposición de costas a su cargo.-----

----- En sostén de su primer agravio, el recurrente atribuye a la magistrada de la instancia anterior haber soslayado el bloque de constitucionalidad federal, otorgando trascendencia a jurisprudencia minoritaria por sobre la claridad jurídica de las normas vigentes, apartándose así de las mismas y subrogándose en la competencia asignada por la Constitución Nacional al órgano legislativo.-----

----- En forma liminar, respecto al yerro que el demandado le atribuye a la Sra. *Juez a quo* al decir en el primer párrafo de los considerandos que "El motivo del rechazo fue que la cobertura de los embriones se solicitó después del fallecimiento del conviviente de la afiliada...", por cuanto el motivo medular del rechazo fue la ausencia del consentimiento informado por parte del conviviente de la actora prefallecido para la realización de la práctica solicitada, que impide conformar la voluntad procreacional actual y además genera duda si el mismo hubiera querido mantener o revocar el consentimiento oportunamente prestado en la entidad PROCREARTE para la realización de la primera práctica, la cual resultó fallida; he de decir que el alcance de dicha frase introductoria expuesta en términos genéricos y poco felices, es precisada posteriormente por la magistrada al decir que "*la preocupación de la obra social pasa por el hecho de que el fallecido no puede*

*prestar su consentimiento para la implantación de los embriones y ello obstaría el surgimiento de un vínculo filial" (fs. 104vta.)*.- - - - - Y ciertamente asiste razón al apelante por cuanto de los considerandos de la Resolución N° 1003/15, surge claramente que el motivo por el cual no autorizó la práctica solicitada por la hoy actora fue que su petición "no se encuentra regulada en la Ley Nacional N° 26.862, así como tampoco en su Decreto Reglamentario N° 956/13 (art. 7 de ambos) en cuanto mencionan a los beneficiarios de los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, ya que no se alude a la situación planteada en autos, ello es la realización del tratamiento con uno de los progenitores fallecido...", señalando posteriormente que "...todo ello tiene directa relación también con la posibilidad que tienen las personas de poder retractarse respecto del consentimiento oportunamente manifestado, ya que en este caso concreto, dicha posibilidad se ha visto truncada por el acaecimiento del fallecimiento del concubino Sr. O. A. C." (fs. 41); y así también lo señala en su contestación de demanda (vg. fs. 53 vta./54).- - - - -

- - - - - Aclarado ello, vemos que la crítica medular de la obra social apelante, quien, con justeza, señala que es parte integrante de la relación jurídica "obra social - afiliado - médico" que se establece en pro de la realización de las técnicas de reproducción humana asistida; radica en que su carácter de agente integrante del servicio de salud, lo obliga a exigir los requisitos legales para la realización de la práctica, y que si diera lugar a la misma por no verificar y/o fiscalizar el cumplimiento de los requisitos legales, sería facilitador o cómplice de una conducta ilegítima. En definitiva dice que la obra social debe controlar y requerir que el consentimiento informado en los términos de los arts. 59 y 561 del CCyC haya sido otorgado en la forma y las condiciones que exige la ley para la realización de la TRHA, y que la ley es clara al decir que en el caso de la falta de consentimiento la práctica médica no puede llevarse a cabo.- - - - -

- - - - - Asiste razón al ISS.- - - - -

- - - - - La cuestión traída a resolver -cobertura de la implantación en el cuerpo de la actora del embrión crioconservado- está encuadrada dentro de las disposiciones de la Ley N° 26.862, a la cual adhirió la Provincia de La Pampa mediante Ley N° 2737, que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, y la obligación de los Prestadores de Servicio de Salud de los ámbitos: público, de la Seguridad Social (obras sociales) y privado (medicina prepaga) de brindar la cobertura prestacional para dichos procedimientos y técnicas conforme la ley N° 26.862, la reglamentación del Anexo I de dicha ley y demás normas complementarias que al efecto se dicten.- - - - -

- Y el art. 7 de la Ley N° 26.862 establece 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 consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer." (el resaltado me pertenece).- - - - -*

Y el art. 7 del Decreto Reglamentario N° 956/2013 dice que "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° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médica- mente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión" (los subrayados y negritas me pertenecen). - - - - -

- - - - Véase también que dichas normas remiten a las disposiciones de la Ley N° 26.529 que -entre otros- consagra el derecho de la autonomía de la voluntad de los pacientes, por el cual los mismos tienen derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad (art. 2 inc. e), a la vez que define el consentimiento informado como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, emitida luego de recibir por parte del profesional, información clara, precisa y adecuada con respecto a (entre otros) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos (art. 5 inc. b), y consagra también la revocabilidad de la decisión del paciente en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos (art. 10); como asimismo remiten a "las demás normas complementarias que al efecto se dicten" (art. 1 Dto. Regl. N° 956/2013) contemplando así las que se dicten en el futuro. - - - - -

- - - - Y aún cuando en el art. 560 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994) dictado con posterioridad a las Leyes N° 26.862 y N° 26.529, se legisló sobre el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida en el capítulo referido a las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), lo que (la filiación) no se discute en autos como bien señala la magistrada de grado, ciertamente es una norma complementaria de la Ley N° 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 956/2013, como asimismo de la Ley N° 26.529. - - - - -

- - - - En efecto, los arts. 560 y 561 del CCyC reconocen su fuente en la Ley N° 26.862 y en su Decreto Reglamentario 956/2013 ("Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Directores Julio César Rivera-Graciela Medina, To. II, pág. 345/348), y se complementan como así también con la Ley N° 26.529 (art. 4 de la Ley N° 26.994) conformando un microsistema normativo, al punto tal que el art. 561 al regular la instrumentación del consentimiento remite a las leyes especiales, que no son sino aquellas (Ley N° 26.862 y su Dto Regl. N° 956/2013 y la Ley N° 26.529). - - - - -

- - - - Y estas normas del CCyC reiteran con claridad meridiana que el consentimiento previo, informado y libre que debe recabarse de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de embriones (tal es el caso que nos ocupa) (art. 260), como asimismo que el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la implantación del embrión (art. 261),

consagrándose legalmente la voluntad procreacional de quienes han prestado su consentimiento en los términos de los artículos precedentemente citados (art. 262).-

- - -

- - - - - En definitiva, sin perjuicio de la claridad y suficiencia de las disposiciones de la Ley N° 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 956/2013 arriba citadas en cuanto a la necesidad de contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a las técnicas de reproducción humana asistida el cual debe ser prestado antes del inicio de cada una de dichas técnicas, una de las cuales es la implantación en el vientre de la mujer del embrión crio- conservado, pudiendo revocarse dicho consentimiento hasta antes de la implantación del embrión; no queda duda alguna de que en el microsistema normativo referenciado, el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a las técnicas de reproducción humana asistida se erige como un elemento esencial e indispensable en tanto conforma la voluntad procreacional, al punto tal que debe ser renovado cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.- - - - -

- - - - -

- - - - - Ahora bien. Si bien cierto es que la actora ha prestado su consentimiento para el TRHA, no es menos cierto que no existe el consentimiento de su concubino (también afiliado de la demandada conforme fs. 10) ausencia ésta que no podrá subsanarse por cuanto el mismo lamentablemente ha fallecido conforme se probó con la partida de defunción anejada a fs. 22.- - - - - Y este requisito, a la luz de las normas arriba referenciadas y aplicables al caso, es insalvable y sella la suerte del recurso.- - - - -

- - - - - En este punto no puedo dejar de señalar que, como bien señala el recurrente, no se puede presumir el consentimiento de quien en vida fuera el concubino de la actora, en virtud de que era un derecho subjetivo **personalísimo** del mismo que feneció con su fallecimiento, por lo que no podemos hablar de un consentimiento presunto como lo hace la magistrada de la instancia anterior al decir que "entiendo que no existen razones para dudar de que su voluntad procreacional expresada por el varón (ver fs. 82) solo cuarenta y nueve días antes de fallecer imprevistamente (ver partida a fs. 22) se hubiera mantenido" (fs. 105) y que recrea la actora apelada al contestar sus agravios (fs. 121).- - - - - Y no sin antes recordar que los derechos personalísimos tienen como pilar fundamental permitir al hombre su determinación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos personales ("Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial" por Anderson Saltzer -Infojus "Derecho Privado" Año 1 Número 2, pág. 43), este derecho a la autodeterminación de quienes se someten a las TRHA está presente tanto en la Ley N° 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 956/2013, como en la Ley N° 26.529, y en el Código Civil y Comercial (al comentar el art. 560 del CCyC, la doctrina expresamente señala que el Código excluye de manera precisa toda posibilidad de "consentimiento presunto" (Código Civil y Comercial de la Nación Comenta- do" Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, To. III, pág. 494)).- - - - -

- - - - - Por todo lo precedentemente expuesto es que corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de amparo interpuesto por la actora.- - - - -

- - - - - Atento la naturaleza de la cuestión traída a resolver y que la actora pudo sentirse

con derecho a efectuar el planteo objeto del presente amparo, se imponen las costas por su orden (arts. 62 segundo párrafo y 258 del CPCC).-----

----- **La Dra. García de Olmos, dijo:**-----

-----Conforme surge de las constancias de la causa, la amparista, **paciente** del Dr. Javier Allara, conforme formulario de fs. 7 (pto. 1 "IDENTIFICACION DEL **PACIENTE**"), y afiliada a la obra social accionada, es portadora de una patología que le genera infertilidad. De allí, que solicitó y le fue otorgada la autorización para el ingreso al Programa de Fertilización Asistida previa presentación por parte del **afiliado titular** del formulario de consentimiento informado redactado tanto por parte del médico que prescribe la práctica como por aquel -o su equipo- que realice el procedimiento de fertilización médicamente asistida "...conforme lo establece la Ley N° 26529 (Derechos del **Paciente** en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud), según surge de fs. 11. En el formulario de fs. 13/14 se le informaba a la amparista sobre los riesgos que implicaba el tratamiento a realizar sobre su cuerpo, el que suscribió en soledad y en cuya virtud se ordenó la derivación.----- Ocurrido el deceso de su pareja, el Sr. O. A. C., la Srta. A. pide la derivación y cobertura médica para continuar el tratamiento con el material genético conservado (embriones crioconservados), manifestando su "*férrea voluntad de continuar el proyecto de vida trazado en común*" con su pareja (fs. 21).-----

----- Para negarlos, dijo la obra social que: "*...la petición no se encuentra regulada en la Ley Nacional N° 26862, como tampoco en su Decreto Reglamentario N° 956/13 (art. 7 de ambos) en cuanto menciona los beneficiarios de los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, ya que no se alude a la situación planteada en autos, ello es la realización del tratamiento con uno de los progenitores fallecidos.*"-----

----- Sólo "a mayor abundamiento" refirió la obra social la preocupación por el futuro del niño y la falta de certeza sobre la voluntad procreacional oportunamente manifestada por el fallecido Coronel (fs. 41). Esto último, en clara alusión a la facultad que acuerda código de fondo a "*las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida*" de revocar el consentimiento (arts. 560 y 561 del CCyC). Consentimiento -éste- que se vincula con la determinación de la situación jurídica de la filiación que derive del tratamiento, ya que se encuentra regulado en el Capítulo 2 de las Reglas Generales Relativas a la Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Materia ajena al conflicto sub judice, en la que ni siquiera es la obra social la sindicada -a los fines filiatorios- para recabar el consentimiento previo, informado y libre que requiere la ley (art. 560 del CCyC).-----

----- Ahora bien, desde el punto de vista de las leyes involucradas en la relación médico-**paciente afiliado beneficiario**-obra social (leyes 26862 y la remisión que se hace de lo previsto en la 26529 y Dec. Reg. 956/13) no observo que fuera recaudo legal para la cobertura del tratamiento, la supervivencia -a la época de la transferencia de embriones- de quien fuera pareja de la **beneficiaria directa** de las prestaciones, siendo ésta a la que ciertamente alude el art. 7 de la ley N° 26862. Tan es así, que ni siquiera lo fue para autorizar la primera práctica y derivación (fs. 11/20).(teoría de los actos propios).----- Entonces, coincido con la solución dada al caso por la juez a quo y adhiero a la confirmación que

propicia el Dr. Guillermo Salas, sin abordar otros temas en los que -a mi juicio-  
puedo anticipar criterio de manera inadecuada, dados los términos en que ha sido  
planteado conflicto.- - - - -

- - - - - Por ello, la **SALA 3** de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, - - - - -

**RESUELVE:**- - - - -

- - - I.- Confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida, con costas de Alzada  
a la parte demandada vencida (art. 62 CPCC).- - - - - II.-

Regular los honorarios de los Dres. Miguel A. ROLANDO y Fernando M. ROLANDO  
conjuntamente en la suma de PESOS DOS MIL OCHOCIENTOS (\$ 2.800) y los de  
los Dres. Pablo L. GIRARD, Mariana IGLESIAS GUTIERREZ y Hernán H. TRIBOLO  
en la suma conjunta de PESOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA (\$ 1.750) (art. 14  
de la Ley de Aranceles n° 1007).- - - - -

- - - - - Regístrese, notifíquese la parte dispositiva (art. 461 del CPCC) haciéndose  
saber a las partes que, en caso de querer contar con una copia íntegra de la  
presente resolución, deberán informar a tales efectos una dirección de correo  
electrónico. Oportunamente, devuélvase al Juzgado de origen.- - - - -