D., M.H. Y OTROS s/AUTORIZACIÓN

Buenos Aires, de noviembre de 2017.- ARM

 **AUTOS Y VISTOS:**

A fojas 10 se presentan M, M y M y solicitan autorización judicial a los fines de la utilización de los gametos criopreservados del Sr. S quien en vida fue el hijo de M y M y conviviente con la Srta. M.

M y M señalan que en su carácter de únicos herederos de S quien en vida fuera su hijo, que prestan expresa conformidad con la realización del tratamiento de fertilización asistida post mortem que la Srta. M iba a realizarse en la Institución Procrearte S.A.

Manifiestan que sorpresivamente la mencionada sociedad se negó a la entrega de los gametos por cuanto se requiere el consentimiento del dador para la realización de cualquier tratamiento de fertilización y que dado su fallecimiento es necesaria la autorización judicial, tal como surge de los términos de la carta documento que se acompaña y que obra a fojas 4.

En razón de lo expuesto señalan que al no existir prohibición alguna en la normativa vigente y al existir jurisprudencia favorable que recepta la fecundación post mortem corresponde que se autorice la utilización de los lamentos crioconservados de S a los fines de llevar a cabo el tratamiento de fertilización asistida.

A fojas 165/168 obra el dictamen del Sr. Fiscal quien en razón de los argumento esgrimidos concluye que la autorización solicitada para efectuar el tratamiento de fertilización asistida debe ser rechazada.

En dicho contexto procesal y valorando la prueba documental aportada por los peticionantes como asimismo la prueba informativa producida en autos, corresponde examinar la petición efectuada en el escrito de inicio.

En el sub lite el interrogante a resolver es si existió verdaderamente consentimiento informado y voluntad procreacional por parte de S con anterioridad a su fallecimiento y en razón de ello si se configuran los presupuestos mínimos para autorizar el tratamiento de fertilización asistida post mortem.

Preliminarmente cabe destacar que el supuesto de la fecundación *post mortem* se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida.

La fertilización post mortem realizada por medio de la técnica de reproducción humana asistida es un supuesto especial por cuanto dicha técnica se realiza con posterioridad de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio.

En la práctica puede darse distintas modalidades ya que puede configurarse el supuesto –que no es el caso de autos- que la técnica de reproducción humana asistida se realice con un embrión criopreservado de la pareja.

También puede darse el caso que el embrión sea generado post mortem con material genético criopreservado del fallecido/a u obtenido a través de la extracción de su cadáver.

En ambos casos se está en presencia de un supuesto de fecundación post mortem, frente a dicha circunstancia fáctica y que desde el punto de vista de la ciencia puede ser llevada a cabo, cabe preguntarse que requisitos deben configurarse para que sea permitida en el ámbito jurídico y mas precisamente en el caso que nos ocupa para que sea autorizada por vía judicial.

Preliminarmente cabe señalar que desde el punto de vista jurídico no existe ninguna disposición legal que regule la fecundación post mortem motivo por el cual se puede decir que se esta ante una laguna del derecho en una temática que es de gran importancia y que mal que le pese a los legisladores existe en el mundo real, razón por la cual a mi criterio resulta imprescindible que la fecundación post Morten sea regulada ya sea prohibiéndola en forma expresa o bien regulándola y estableciendo los requisitos legales que la legislación considere pertinente.

Como lo exprese más arriba el vacío legal conlleva a suplir la falta apelando a la interpretación judicial de los casos específicos dándole total discrecionalidad al juez a la hora de fallar, armonizándolo, en el mejor de los casos con el art. 19 CN**. (Ver Flores Salgado, Lucerito Ludmila “Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción humana asistida” IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, Pág. 104; Guzmán Ávalos, Aníbal “La subrogación de la maternidad”, IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, Pág. 120 a 121).**

No desconozco la existencia de distintos criterios en el derecho comparado respecto a la fecundación post mortem en las que se han adoptado posturas disímiles al respecto, entre las que podemos mencionar: a) su permisión expresa y la regulación de las condiciones de su realización y sus efectos (p.ej.: España, Bélgica, Reino Unido, Israel, Grecia, Portugal) y b) su prohibición expresa (p.ej.: Francia, Alemania, Italia, Dinamarca, Suiza, Noruega, Canada, Suecia, Australia, Costa Rica, etc); c) o simplemente la peor de las posturas el silencio jurídico, éste es el caso de la Argentina.

Aquellos ordenamientos que admiten la fecundación post mortem, regulan en líneas generales sobre la base de dos aristas centrales: el tiempo, estableciendo un límite máximo para su realización (seguridad jurídica) y el consentimiento previo de la persona fallecida (autonomía de la voluntad). Cumpliéndose los requisitos legales, la FPM puede desplegar efectos en materia de derechos filiatorios y sucesorios del nacido/a (p.ej., art. 9º, ley española 14/2006).

Con distintos alcances, la fecundación post mortem en el derecho comparado se diseñan sobre la base de los siguientes aspectos: a) presencia o ausencia de consentimiento del causante expresado en vida para la fertilización o fecundación; b) eficacia del consentimiento tras el fallecimiento; c) posibilidad de transferir sólo embriones crioconservados o también material genético.

En nuestro sistema legal si bien la fecundación post mortem no se encuentra regulada en el nuevo Código Civil y Comercial, ni en una ley especial, no puedo dejar de mencionar que en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, se la regulaba en el artículo 563, que en el momento del debate parlamentario su redacción fue eliminada del Código efectivamente sancionado (ley 26.994).

El artículo antes mencionado establecía: “*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 lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 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*”.

Supongamos por vía de hipótesis que se hubiere aprobado el artículo 523 del Anteproyecto transcripto mas arriba, no cabe duda que el presente caso no hubiere encuadrado en las disposiciones legales por cuanto la mencionada norma se refería a “embriones”, y no de gametos (sean extraídos en vida o post mortem).

En definitiva la regulación de la fecundación post mortem antes mencionada resultaba restrictiva ya que sólo la permitía ante la existencia de embriones in vitro.

Asimismo, el Anteproyecto consagraba que podían suceder al causante las personas “nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida…” (art. 2279, inc. c), reconociendo derechos sucesorios a los nacidos por fecundación post mortem, artículo que se conserva en el CCyC vigente.

Desde dicha perspectiva reitero que existe en nuestra legislación un vacío legal, por lo que los jueces por medio de sus sentencia deben decidir si hacen lugar o no a la “Fecundación Post Mortem”, teniendo para ello en cuenta las particularidades de cada caso concreto, circunstancia esta que crea inseguridad jurídica.

El caso que me toca examinar en el “sub lite”, con sus matices tiene precedentes a nivel jurisprudencial.

El primer supuesto en el país vinculado fecundación post mortem data del año 1999. Se trató de una mujer española que enviudó durante su luna de miel en la Argentina y solicitó la extracción de semen del cadáver de su marido con el propósito de poder llevar ese material genético a su país para realizar una TRHA. En el caso intervino el consulado español, lográndose la autorización judicial al no existir una norma que prohibiera tal práctica.

Como se observa en este caso no era una autorización a los fines de ordenar una fecundación post mortem, sino la extracción de semen de una persona fallecida para posteriormente realizar en su país de origen una TRHA.

Del año 2011 a la actualidad, observamos otros cuatro casos judiciales relativos a la realización de la fecundación post mortem en la Argentina.

En la Provincia de Buenos Aires el 21 de noviembre de 2011, se dictó el primer fallo en la materia en el Tribunal de Familia de Morón Nº 3, en los autos caratulados: “G.A.P. s/ autorización”, con motivo de una acción declarativa de certeza iniciada por una mujer que pretendía seguir adelante con un tratamiento de fertilización iniciado con su marido (en vida de ambos), utilizando las gametas masculinas crioconservadas de éste luego de su prematura muerte a raíz de un cáncer.

En dicho caso, el instituto de fertilidad se negaba a proseguir el tratamiento previsto y ante el pedido de autorización el Tribunal antes citado hizo lugar a la acción declarativa de certeza y autorizó la utilización del semen criopreservado, con fundamento entre otros- en el principio de legalidad y reserva –art. 19, Constitución Nacional (CN)–, al no existir ninguna norma en forma expresa la fecundación post mortem.

Otro fallo fue dictado en la Provincia de Mendoza el día 7 de agosto de 2014 por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, en la causa “S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva”. Se originó ante la interposición de un recurso de apelación, deducido por la actora, contra la sentencia que rechazó su pedido de autorización para someterse a una TRHA con los gametos de su esposo fallecido, cuya extracción había sido autorizada judicialmente con anterioridad.

El Juez de primera instancia denegó el pedido, mientras que la Cámara de Apelaciones revocó la resolución impugnada, autorizando la utilización de los gametos extraídos. Se fundó en el principio de legalidad del artículo 19, CN, la garantía legal de acceso integral a las TRHA (ley nacional 26.862) y la aplicación de la doctrina de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”.

Sobre la falta de consentimiento del difunto, sostuvo que existía una autorización judicial firme que dispuso la extracción de esperma y que se practicó con anterioridad a la fecha de publicación del decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862, por lo que el artículo 8º sobre la necesidad de consentimiento previo (llama la atención la referencia a una norma relativa al donante de gametos) no es aplicable por el principio de irretroactividad de la ley. Finalmente, sostuvo que el niño/a que eventualmente pudiera nacer no alcanzaría a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiere al momento de la muerte del causante.

En el ámbito de la Justicia Nacional mas precisamente ante el Juzgado Civil nro. 3, una mujer promovió amparo solicitando se la autorice a retirar muestras de semen crioconservadas en un centro de criogenia, pertenecientes a su pareja fallecida, a realizarse un tratamiento de fertilización asistida con ellas y a que la obra social codemandada cubra el costo que demande la práctica. Sostuvo que su pareja, hoy fallecida, autorizó por escrito el retiro de las muestras y que el instituto que realizara la práctica le requirió la debida autorización judicial. El juez de primera admite el amparo.

La Cámara Nacional en lo Civil al confirmar el decisorio del Sr. Juez a cargo del Juzgado Civil nro. 3 expreso: “… la Obra Social atacó la autorización judicial, para lo que carece de legitimación, y no la condena que a ella le atañe de cubrir un tratamiento de fertilización de acuerdo con la ley vigente. Es decir, que a pesar del claro análisis efectuado por el anterior Magistrado acerca de la ley aplicable al caso –26.862– y de su decreto reglamentario – 956/2013–, la quejosa prefirió guardar silencio sobre el punto, consintiendo de ese modo la condena a la cobertura que se le solicitó y que determinó el thema decidendum a su respecto, razón por la cual corresponde confirmar la decisión apelada…” (CNCiv., Sala H, K., J. V. c/ I. DE G. Y F. Y OTROS s/AMPARO, del 17 de abril de 2015).-

En otro de los casos la Sra. Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil nro. 87, autorizó a una mujer a someterse a tratamientos de fertilización asistida con los gametos criopreservados de su pareja fallecida en un accidente ferroviario.

En el fallo dictado el 5 de mayo de 2016, se señalo que: “El juez tiene la obligación de resolver el pedido de una mujer de someterse a tratamientos de fertilización asistida con los gametos criopreservados de su pareja fallecida, aun cuando el Código Civil y Comercial no haya legislado sobre la filiación post mortem, por aplicación del art. 3 del citado ordenamiento, que resume los conceptos contenidos en los arts. 15 y 16 del Código Civil derogado. (Juzgado citado causa: “N. O. C. P. s/ autorización”, del 05/05/2016, LA LEY 11/07/2016 , 6 con nota de Eduado A. Sambrizzi. LA LEY 2016-D , 219 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, RCCyC 2016 (julio) , 94, LA LEY 03/08/2016 , 8 con nota de Andrés Gil Domínguez, LA LEY 2016-D , 219 con nota de Andrés Gil Domínguez, RCCyC 2016 (septiembre) , 111, AR/JUR/32492/2016).

Tanto en la doctrina –argentina y comparada como en la jurisprudencia que la permiten señalan requisitos elementales para autorizar la fecundación post mortem, que expondré a continuación:

El primero de ellos se relaciona con el consentimiento informado en forma expresa y libre el segundo con la voluntad procreacional debidamente manifestada y el tercero el elemento temporal es decir el plazo que debe considerarse desde el fallecimiento hasta la fecundación por TRHA.

En cuanto al consentimiento no cabe duda alguna que las personas que desean someterse a este tipo de prácticas, ineludiblemente deberán manifestar su voluntad ante el profesional para que la lleve adelante o no. Esta manifestación de la voluntad, expresada en el ámbito de la relación médico paciente, es lo que se ha dado en llamar consentimiento informado.

El consentimiento Informado se basa en la noción de que todo paciente de un tratamiento particular, o todo sujeto que se somete a una investigación médica, tiene el derecho a decidir libremente su aceptación o rechazo a esa medida terapéutica o a su participación en dicha investigación, o sea, implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente.

El elemento volitivo es determinante en lo que se refiere al consentimiento informado, puesto que solo se logrará un consentimiento válido si el mismo ha sido efectuado de manera voluntaria por el paciente, queriendo esto decir que no debe haber mediado en el proceso para la consecución del mismo amenaza o coerción, influencia indebida o persuasiones.

Desde dicha perspectiva debo destacar que el consentimiento informado es un elemento de resguardo o garantía. El derecho al consentimiento informado se funda, en el llamado principio de reserva que consagra el art 19 de nuestra Constitución Nacional que protege la esfera de privacidad de la persona, su autodeterminación en las acciones en la medida que no afecte la moral pública ni los derechos de terceros.” **(Hooft Pedro F., “Bioética y Derechos Humanos”, Ed. Depalma 2004 Buenos Aires. Pág. 109. 48 Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., “Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético”, Ed. Depalma. 1995 Buenos Aires. Pág.96. 33).**

El artículo 7 de la Ley 26.862 que regula el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, 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”.

La Ley 26.529, mencionada “ut supra” que regula los “Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado”, dispone que: “El consentimiento informado es un acto necesario para todo tipo de procedimiento médico que se lleve adelante entre médico y paciente”. Así el art. 5º de la ley 26.529 define al consentimiento informado como: "... la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto".

El consentimiento informado para actos médicos, en conjunción con los de derechos del paciente (artículo 59 CCyC), está íntimamente vinculado con la disposición de los derechos personalísimos (art. 55 CCyC) de la persona.

En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente, enseña Bueres, quien encuentra fundamento de esa premisa en dos derechos existenciales, los que protegen la libertad personal y el propio cuerpo.

Es allí donde la autonomía del paciente, como bien jurídicamente protegido, surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona, tal como ha sido receptada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

Hoy en día, esa dignidad y libertad resultan indiscutibles, son fundamento en todo ordenamiento y su reconocimiento está expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado es la expresión de la libre autodeterminación de todo ciudadano **(cf. Mosset Iturraspe, Jorge, El valor de la vida humana, 4ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2002).**

Por otra parte no puedo dejar de mencionar que en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al regular en el Titulo V “La Filiación” en el capitulo 2 que establece las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” en el art. 560 dispone: *“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*. Mientras que el art. 561 establece que: *“La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”*.

De los artículos antes mencionados que se encuentran vigentes, se infiere la importancia del “consentimiento previo e informado” en las técnicas de reproducción humana asistida por actos entre vivos, por lo que con mayor razón deberá exigirse dicho consentimiento en el caso de que el material genético sea utilizado post mortem, debiendo por las consecuencias jurídicas y familiares que ello trae aparejado extremarse las medidas a fin de acreditar que el consentimiento se manifestó en forma clara, libre y deliberada.

Veamos si en el caso se cumplió con el consentimiento informado.

En el escrito de inicio los presentantes al solicitar la autorización judicial manifiestan: “que ante la enfermedad de S (cáncer) y el tratamiento de quimioterapia al que debía someterse los médicos tratantes tenían la certeza de que dicho tratamiento le iba a producir esterilidad, razón por la cual decidió criopreservar una muestra de semen para que la Srta. T pudiera llevar adelante un embarazo mediante la técnica de fertilización asistida”… “Que durante su internación en el CEMIC se extrajo la muestra de semen y su padre Dr. M, médico de profesión, la llevó personalmente a PROCREARTE S.A., por expreso pedido de su hijo S, que lamentablemente falleció el día 24 de julio de 2015”.

De las constancias de autos se advierte que la voluntad de S no quedó plasmada en ningún instrumento público ni privado ya que el consentimiento informado que se requiere para llevar adelante técnicas de fertilización humana asistida y/o crioconservación de semen no surge de los instrumentos obrantes en autos, tal como lo señala el Sr. Fiscal en el dictamen que obra a fojas 165/168 y cuyos argumentos comparto y adhiero por razones de brevedad.

El instrumento obrante a fojas 149 bajo el nombre de “Consentimiento congelamiento espermatozoides” que no es ni más ni menos que un formulario de adhesión emitido por la sociedad “Procrearte” que no fue suscripto por S, sino por su padre M que según se dejó constancia en dicho instrumento actuó en su carácter de tutor.

A continuación me permito transcribir el instrumento agregado a fojas 149 en el que se lee: “Consentimiento congelado de espermatozoides”. *“Ciudad de Buenos Aires 4 de abril de 2015, yo M, he sido informado por el Dr. Q sobre el congelamiento de mis espermatozoides. Se me ha ofrecido esta alternativa por padecer/tener……………………… …………………..” “Me he informado que mis espermatozoides serán almacenados para ser utilizados en un futuro en una técnica de reproducción asistida o para evaluar su funcionalidad (pruebas de vitalidad y movilidad pre y post congelamiento. Solamente serán descongelados y/o entregados a pedido mio”.”Entiendo que luego de descongelar los espermatozoides. Asimismo conozco que si existiese mas de un año de mora en el pago del costo de mantenimiento PROCREARTE me lo notificará por carta documento, teniendo 30 días para regularizar la situación, de no ser deseado por mi parte o ante la falta de respuesta, PROCREARTE podrá proceder al descongelamiento de las muestras para su eliminación,* ***la misma medida se tomará en caso de incapacidad o fallecimiento*** *(la negrita y subrayado me pertenece)”. “He realizado las preguntas que considero oportunas, y el médico me ha dado respuestas aceptables. Por lo tanto doy mi consentimiento para efectuar la crioconservación de mis espermatozoides”. Costo de mantenimiento anual U$S 100.Consta la firma del paciente y su aclaración como el mail y el nro de documento, todos los datos pertenecen al Sr. M con la leyenda (tutor)”.*

Como puede observarse del instrumento transcripto surge que el consentimiento informado no fue prestado en forma personal por S sino por su padre Sr. M.

Llama poderosamente la atención al suscripto que la Empresa Comercial Procrearte S.A. que se dedica a llevar a cabo técnicas de reproducción humana asistida y crioconservación de material genético (gametos y ovocitos), a cambio de sumas de dinero por los servicios prestados, no tenga un protocolo que asegure la veracidad de consentimiento informado dada la trascendencia que el mismo tiene en una materia tan sensible y relevante como lo es la fecundación y crioconservación de material genético, en donde esta en juego la voluntad y los derechos personalísimos de las personas involucradas.

De la simple lectura del instrumento obrante a fojas 149 –reitero- se advierte que no existió consentimiento informado por parte de S ya que el mismo tiene carácter personalísimo y no puede ser prestado por su padre -en el caso- salvo que hubiere existido una manifestación de voluntad expresa ante escribano público o bien un acto de última voluntad que por vía testamentaria autorizara a utilizar su semen con fines de fecundación post mortem.

El Sr. M no era el tutor ni el curador de su hijo S ya que mantenía su plena capacidad –la que se presume salvo prueba en contrario- y que dos días antes del instrumento que obra a fojas 149 suscripto por su padre el 4 de abril de 2015 había prestado consentimiento informado para llevar adelante el tratamiento de quimioterapia, tal como surge de la autorización firmada el 2 de abril de 2015 (ver fojas 48) y forma parte de la historia clínica agregada en autos.

Por otra parte cabe advertir que S se encontraba lucido en la oportunidad temporal en la cual debía prestar el consentimiento informado para la crioconservación de semen (ver fojas 53 punto 10).

Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, en dicho caso se requerirá el consentimiento por representación, el que sin duda puede ser prestado por un familiar cuando las circunstancia de inmediatez así lo requieran, situación que no se configuraba en la especie para que el Sr. M actuara en representación de hecho de su hijo S quien tenía plena capacidad y libertad para actuar por si sólo.

Por ello, reitero la liviandad con que actúo la sociedad Procrearte S.A. resulta alarmante, ello dada la importancia y relevancia que ello trae aparejada desde lo jurídico y lo bioético, por lo que debió haber adoptado los recaudos mínimos necesarios para cerciorarse del verdadero consentimiento de S ya que al manejar muestras genéticas nada impide que el futuro ello se transforme en una vida.

Sin perjuicio de la eficacia del instrumento antes mencionado ***-el cual a criterio del suscripto no resulta relevante para tener por cumplido el consentimiento informado-*** se advierte que en caso de muerte o incapacidad de la persona que prestó el consentimiento para la congelamiento de espermatozoides Procrearte podrá proceder al descongelamiento de las muestras (ver fojas 149).

De lo expuesto se puede inferir que el consentimiento y congelamiento de las muestras perdura mientras que la persona que autorizó la crioconservación del material genético (espermatozoides) permanezca con vida, mas no en caso de fallecimiento.

Cabe recordar que no es lo mismo el congelamiento de espermatozoides y de ovocitos por separado que la crioconservación de embriones cuya naturaleza jurídica es totalmente diferente. Como ya lo expresara “ut supra” “la voluntad procreacional” es otro del los elementos centrales y fundamentales para la determinación de la filiación cuando esta se intente producir por técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso no se advierte “ab inicio” la voluntad procreacional, de quienes en vida tenían una relación convivencial, según los dichos de la Sra. T en el escrito de inicio”.

En el sentido indicado no puedo dejar de ponderar que la Srta. M quien solicita la autorización para utilizar los gametos crioconservados de S, procedió a crioconservar sus ovocitos un año después de que lo hiciera su conviviente, de lo que cabe inferir que no existía voluntad procreacional en la oportunidad en que se crioconservaron los espermatozoides de S. Por otra parte no puedo dejar de señalar el nuevo Código Civil y Comercial al regular los derechos y actos personalísimos, establece lo siguiente: «Artículo 56: Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable. Se desprende de la norma que el consentimiento no puede ser suplido. En tal sentido, el art. 56 reitera lo establecido en el art. 55 del mismo ordenamiento: “Disposición de derechos personalísimos”. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable».

Se trata de una “indisponibilidad relativa”, desde que el principio universal de disposición de los derechos personalísimos que sienta, queda reservado a la persona misma y debe ser manifestado en un acto de voluntad que no puede presumirse. En caso de duda, se entenderá que no ha sido otorgado.

El mero deseo de disponer de partes del propio cuerpo, como si se tratase de simples objetos, no basta para legitimar tales actos -v.gr., ni la voluntad de vender un riñón, ni el deseo de verse amputado un miembro sano sin ninguna necesidad terapéutica, se consideran compatibles con la dignidad humana, si esto causa una disminución permanente de la integridad de la persona. Cabe dar alguna precisión al respecto.

El consentimiento para ser válido, deberá reunir los requisitos generales de validez de todo acto jurídico: debe ser prestado obviamente en forma "*previa*" con libertad, discernimiento y voluntad (art. 260, Código Civil y Comercial). A grandes rasgos, *la validez del consentimiento en tanto que acto jurídico requiere* que: a) a fin de garantizar la *libertad* del acto jurídico, será responsabilidad del establecimiento de salud certificar la mayoría de edad y la capacidad *prima facie* de donantes y progenitores de deseo; b) para que el consentimiento sea prestado con *discernimiento*, quien lo preste deberá ser previamente informado del objeto del acto, de sus efectos, de los procedimientos e implicancias para el donante o para los progenitores de deseo (sobre todo en el caso de la mujer donante o la mujer que recibirá la implantación del embrión, por el impacto que tienen dichos tratamientos en la salud física y psíquica de la mujer); c) el acto, para su validez, *no deberá estar viciado* de error, dolo o violencia.

Respecto del consentimiento informado para el acto médico, el Código Civil y Comercial prescribe que el establecimiento de salud debe recabar el consentimiento previo, libre e informado del paciente. Se sobreentiende que, de conformidad con la regulación general sobre los derechos personalísimos (art. 55, art. 279) ese consentimiento *no podrá versar sobre actos contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres y será de interpretación restrictiva*. Como todo acto de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56) no podrá ser suplido por un tercero.

La información (art. 58) deberá ser dada en términos comprensibles, objetivos, indicando la metodología, los riesgos y los beneficios de la práctica. Específicamente, el médico deberá informar a los requirentes sobre su estado de salud, procedimientos propuestos, beneficios esperados del procedimiento, riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, especificación de procedimientos alternativos (riesgos, beneficios y perjuicios de éstos) y consecuencias previsibles del tratamiento (art. 59). Aunque el artículo no lo dice, ni se indica que el consentimiento sea pleno, por la naturaleza del acto, y porque el acto jurídico para su validez tiene que ser libre, se entiende que una persona con discapacidad, salvo expresa y específica autorización del juez, no podrá prestarlo (art. 59). **(Basset, Úrsula C, “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-D , 663).**

Por todo ello, es que considero que ante la falta de una evidencia sustancial de la aprobación previa y expresa del fallecido y dadas la complejidad y conflictividad de las cuestiones que plantea el caso en consideración, que deben ser cuidadosamente tenidas en cuenta, no resulta aconsejable realización de la practica solicitada, por lo que adelanto desde ya que no otorgare la autorización para la utilización de los gametos crioconservados.

Por último he de referirme a otro de los argumentos esgrimidos en el punto III) de la presentación de fojas 10/14, al señalar los peticionantes que correspondería otorgar la autorización para realizar la fecundación post mortem en razón del principio que emana del artículo 19 de la Constitución Nacional que establece: *“Todo lo que no esta prohibido está permitido”.*

Contrariamente a lo sostenido por los peticionantes considero que un sistema normativo no todo lo que no está prohibido, está permitido; y que dicho principio no puede ser utilizado como un comodín para convalidar situaciones fácticas no reguladas en el derecho es decir en el plexo normativo positivo – laguna del derecho- ya que frente a una situación no prohibida ni permitida será el juzgador quien en cada situación concreta deberá valorar si la autoriza o la deniega.

El Código Civil y Comercial no prohíbe en forma expresa la eliminación de un embrión crioconservado, como así tampoco mantener sexo con un animal, significa ello que este permitido? Que el orden jurídico no prohíba una determinada conducta no implica a priori que en todos los casos que estará permitida, pues ello implicaría considerar a todos los sistemas normativos como necesariamente cerrados, es decir, todo está regulado por el derecho, desde las relaciones políticas, económicas y sociales más importantes hasta las situaciones más insignificantes o que realizamos de forma inconsciente.

Esta postura teórica podemos encontrarla en Hans Kelsen, quien sostuvo la tesis del Derecho como un sistema completo y consistente, esto es, que por razones lógicas no puede haber lagunas normativas -situaciones no reguladas por el Derecho-.

Puede considerarse que la expresión *“todo lo que no está prohibido está permitido”* es una proposición normativa –un enunciado que expresa que conforme a cierto orden jurídico deben producirse ciertas condiciones bajo determinadas consecuencias que ese mismo orden establece (ejemplos de proposiciones normativas serían decirle a alguien que está prohibido matar porque hay una norma que así lo determina o leer en un libro de derecho los requisitos necesario para contraer matrimonio porque explica que así hay una norma que lo determina). Ahora, si en la expresión mencionada con “permitido” queremos decir que existe una norma que permite la conducta en cuestión, el principio sería falso porque de la existencia de una norma prohibitiva no cabe interferir necesariamente la existencia de otra norma permisiva.

Por otro lado, si con “permitido” simplemente se quiere decir “no prohibido” entonces estamos ante una mera tautología que no dice nada sobre los sistemas jurídicos y las conductas reguladas por ellos.

Dentro de los autores más sobresalientes en la crítica al *“principio de prohibición”* encontramos a Eugenio Bulygin, quien en diversas obras ha analizado por qué la expresión *“todo lo que no está prohibido está permitido”* es inconveniente para explicar alguna cuestión relativa al sistema jurídico. Bulygin incluso señala que el término “no prohibido” no es una categoría o modalidad jurídica. Prohibido implica la existencia de una norma que prohíbe y “no prohibido” es simplemente ausencia de una norma que prohíbe, en tal caso es poco claro si estoy autorizado para realizar la conducta.

Además, subrayó que si uno distingue entre permisiones negativas y permisiones positivas “el famoso dicho ‘todo lo que no está prohibido está permitido’, es un disparate”. Entonces, añadió: “Si permitido quiere decir no prohibido, entonces lo que el dicho dice es que lo que está no prohibido está no prohibido, es una tautología, es verdad pero no dice nada sobre las normas, las prohibiciones, es una verdad analítica”, analizó. En la misma línea argumental, Bulygin examinó que, curiosamente, muy importantes filósofos del derecho han sostenido, al igual que Kelsen, que el derecho siempre es completo y siempre resuelve todo, que no hay lagunas del derecho.

Por otra parte, puntualizó que si las normas de conducta son prescriptivas, no tiene sentido atribuirles verdad o falsedad, porque no describen nada.

Tomando en consideración la postura que rechaza el *“principio de prohibición”*, podríamos decir que todo aquello que no está prohibido, permitido, obligado o facultado no está regulado por el Derecho.

Bulygin formula un interrogante que, como él mismo dice, ha sido una cuestión muy debatida en los últimos doscientos años y que ha recibido respuestas disímiles. Los jueces dictan sentencias, pero ¿crean derecho? El autor argumenta que cabe diferenciar, por lo menos, tres teorías que discrepan acerca de dos puntos fundamentales: qué se entiende por derecho y qué quiere decir “crear derecho”.

Según la primera teoría que se corresponde con la “doctrina tradicional”, el “derecho” se compone de un conjunto de normas generales creadas por el legislador, como poder político compuesto por los representantes del pueblo. El Poder Judicial, puramente técnico, se limita a la aplicación a casos concretos. Bulygin ubica las raíces de esta doctrina, que formula una separación tajante entre estos poderes, en la Ilustración, la Revolución francesa y la codificación napoleónica. La crítica es que esta concepción exige que el derecho solucione todos los casos y de manera coherente, es decir, presupone su completitud y la coherencia. De otra forma, dado el principio “deber implica poder”, no se podría exigir al juez que resuelva todos los casos dentro de su competencia y que funde sus decisiones en normas jurídicas, sin modificarlas ni crearlas.

Al respecto, cita como ejemplo el histórico artículo 15 del Código Civil argentino que establecía: “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes”. El autor se pregunta qué sucede si no se trata de un mero pretexto. ¿O es que, acaso, se supone que tales situaciones no pueden darse? Para una segunda teoría el derecho está formado por un conjunto de normas generales e individuales. Los jueces crean normas individuales en la sentencia. Su máximo exponente fue Kelsen, para quien todos los actos jurídicos son actos de aplicación y de creación. El legislador aplica la constitución y crea la ley; el juez aplica la ley y crea sentencias. La diferencia sería sólo cuantitativa, pero ambos crean derecho en el marco de la norma superior. En primer lugar, Bulygin no acepta que toda sentencia judicial constituya una norma individual creadora de derecho. Para despejar ambigüedades, sostiene que se debe distinguir entre casos genéricos e individuales, soluciones genéricas e individuales. Define a las normas como expresiones lingüísticas usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una cierta conducta. Así, correlacionan un caso con una solución. Las normas generales correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas, mientras que las normas individuales correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual. Los casos y soluciones individuales se refieren a hechos reales; en cambio, los genéricos sólo aluden a hechos posibles.

En segundo lugar, afirma que la sentencia es una entidad compleja que tiene dos partes: los considerandos (fundamentación de la decisión) y la parte resolutiva o dispositiva (en que el juez decide). Para Bulygin sólo la segunda parte podría ser vista como “norma individual”, aunque le resulta dudoso, porque carece de generalidad. Le parece más razonable denominarla “disposición” o “mandato”. No obstante, no propicia el cambio terminológico, para no apartarse de la terminología de Kelsen.

En tercer lugar, la parte resolutiva está justificada cuando se infiere lógicamente de los considerandos, que deben contener un fundamento fáctico y un fundamento normativo. La justificación normativa de la decisión consiste en que el juez debe subsumir el caso individual en un caso genérico y dictar la parte dispositiva de la sentencia conforme a la solución que la norma general correlaciona con el caso genérico.

Puntualmente, la certera objeción que Bulygin dirige a Kelsen reside en que parece exagerado afirmar que exista “creación de derecho” cuando la parte dispositiva de la sentencia está fundada en una norma general que fue creada por el legislador.

La tercer teoría es la posición defendida por Bulygin sobre la base de que el “derecho” está compuesto por un conjunto de normas generales, esta teoría sostiene que los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen en situaciones muy especiales, esto es, cuando la norma general mediante la cual justifican sus decisiones no es una norma creada por el legislador.

Para la primera posición el juez *nunca* crea derecho. Para Kelsen el juez *siempre* crea derecho. En cambio, para Bulygin, ello ocurre en situaciones muy especiales. ¿Cuáles? El autor se enfoca en el problema de las lagunas y la función judicial, para lo cual formula la siguiente pregunta: ¿qué debe y qué puede hacer el juez cuando el derecho no soluciona su caso, es decir, frente a una laguna, si es que hay tal cosa como una laguna normativa?

 Bulygin distingue distintas posiciones frente al problema de las lagunas normativas. A su vez, dichas teorías discrepan sobre el grado de discrecionalidad judicial.

El derecho carece de lagunas normativas. Es necesariamente completo. Se funda en el “principio de prohibición” —“todo lo que no está prohibido, está permitido”—, el cual para Kelsen forma parte de todo orden jurídico, de manera que todas las conductas tienen un estatus normativo determinado: prohibidas o permitidas. Por consiguiente, no hay discrecionalidad judicial porque no hay lagunas; sólo puede haberlas si el orden jurídico autoriza al juez a apartarse del derecho.

Ya en *Normative Systems* (o *Sistemas normativos*, indistintamente), Bulygin —junto con Carlos Alchourrón — criticó esta posición, considerándola una falacia montada en la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas, y en la ambigüedad del término “permitido”. Las normas son enunciados prescriptivos que ordenan, prohíben o permiten cierta conducta. Pueden ser válidas o inválidas, pero no son verdaderas ni falsas. En cambio, las proposiciones normativas son enunciados descriptivos, que informan sobre la existencia de normas. Pueden ser verdaderas o falsas, pero no válidas o inválidas. Es preciso no confundirlos, ya que pueden ser expresados con las mismas palabras (por ejemplo “prohibido fumar”). Teniendo en cuenta la ambigüedad del término “permitido”, Bulygin defiende una triple clasificación. En una norma, “permitido” significa “no prohibido” y “no permitido” significa “prohibido”. En cambio, en una proposición normativa, tiene dos posibles significados: en la permisión fuerte o positiva, quiere decir que existe una norma que permite “p” (“p” es la conducta); en la permisión débil o negativa, quiere decir que no existe una norma que prohíba “p”.

Si el principio de prohibición fuera una norma, su pertenencia a un orden jurídico sería una cuestión contingente. Si fuera una proposición normativa, cabrían dos posibilidades. En la versión fuerte, significa que si una conducta no está prohibida, entonces existe una norma que la permite. Esto es falso: de la ausencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la presencia de una norma permisiva. En la versión débil, significa que si una conducta no está prohibida, entonces no existe una norma que la prohíba. Esto es verdadero, pero trivial y compatible con la existencia de lagunas normativas.

En conclusión, para Bulygin el principio de prohibición no justifica que el derecho sea necesariamente completo, como pregonaba Kelsen, razón por la cual si se verifica una laguna, el juez tiene el deber genérico de juzgar, pudiendo decidir de modo discrecional el caso individual. **(cfr. Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www. juridicas. unam. mx http://biblio.juridicas.unam.mx DR 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales. año III, número 5 (2016), tomo I, Diálogo sobre la obra de Eugenio Bulygin “Los jueces ¿crean derecho?”, pág. 196-218).**

Sin perjuicio de lo reseñado precedentemente en relación al principio de clausura, señalo que si bien la fecundación post mortem no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico positivo –ni prohibida ni permitida-, lo cierto es que la autorización solicitada en la especie no ha de prosperar ya que a criterio del suscripto de los elementos de prueba que obran en autos no surge que se hubiere dado cumplimiento a un requisito básico para cualquier técnica de fecundación humana asistida cual es el consentimiento informado prestado en forma expresa y personal por la persona interesada en llevarla adelante.

Por los fundamentos expuestos, doctrina, jurisprudencia y disposiciones legales citadas, **RESUELVO:** Denegar la autorización solicitada a fojas 10/14, por considerar que no se encuentra configurado en la especie el consentimiento informado a los fines de la fertilización por técnicas de reproducción humana asistida utilizando los gametos criopreservados de quien en vida fuere S. Notifíquese por Secretaria y al Sr. Fiscal en su despacho.