E.R.A s/AUTORIZACION

Buenos Aires, 1 de febrero de 2022.- GD

 Proveyendo al escrito “SE NOTIFICA DICTAMEN MPF.

SOLICITA SE DICTE SENTENCIA”

**AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:**

1. Este proceso fue iniciado por R., quien

pidió una autorización judicial para que puedan utilizarse en tratamientos de fertilización asistida las muestras de semen criopreservadas de su fallecido esposo I. Ese pedido tiene vinculación con los últimos deseos de su cónyuge, el que antes de morir otorgó un testamento público en ese sentido.

Sin entrar en detalles innecesarios, R. contó que conoció a I. a fines de 2001 y que tras varios años de relación se casaron en 2011. Unos años después comenzaron con los intentos de “agrandar la familia”. Para ese entonces, I. comenzó a mostrar algunos síntomas que fueron confundidos con estrés, hasta percatarse en octubre de 2016 que se trataba de un tumor cerebral.

Por eso en diciembre de ese año criopreservaron en Fertilab cinco

muestras de semen para ser utilizadas en el futuro, ya que I. debía someterse quimioterapia y rayos. Esos tratamientos se dieron durante el transcurso de 2017 y 2018, tiempo en que debieron aplazar la búsqueda de hijos.

Lamentablemente, el cuadro de I. recrudeció en 2018 y

debieron realizársele dos cirugías. Hubo una breve mejoría pero en enero de 2019 el panorama de la enfermedad cambió y su esperanza de vida pasó de ser años a meses.

Mientras todo eso sucedía avanzaron con los tratamientos de

fertilidad, los que se vieron demorados porque en Fertilab le informaron que R. tenía exceso de glucosa en sangre y que su índice de masa corporal era elevado, lo cual resultaba un obstáculo para el tratamiento. Como nunca le habían mencionado que su peso pudiera ser un impedimento y dado que le comentaron que muchas veces las obras sociales buscan excusas para evitar cubrir las prestaciones, decidieron emprenderlo en forma privada en In Vitro Buenos Aires.

En ese momento, I. le otorgó un poder a R. en donde

le daba potestad para utilizar las muestras de semen preservadas. Así fue que comenzaron con el tratamiento de fertilidad, en el que se obtuvo un embrión que se transfirió el 3 de septiembre de 2019. Pero esa misma noche, en la madrugada del 4 de septiembre, murió I. A las dos semanas, R. se realizó un análisis de sangre para verificar el resultado de la transferencia, el que fue negativo.

Pese a lo relatado y en función de sus profundos deseos, I.

dejó un testamento por acto público realizado el 6 de julio de 2019, en el que —además del poder prestado anteriormente— reiteró su univoca y última voluntad para que R. realice con las cuatro muestras de semen restantes tratamientos de fertilización asistida con óvulos propios o donados en la institución médica que R. prefiera. Eso por cuanto su más profundo, íntimo y legítimo deseo era el de dar vida con su esposa R.

Por eso es que R. —quien comparte ese sueño— peticiona

una autorización para la realización de un tratamiento de fertilización asistida *post mortem* y pide —para el caso de que se produzca el nacimiento de uno o más niños vivos— les sea reconocida su doble filiación. Además, requiere que el tratamiento sea realizado en forma gratuita, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 26.862.

2. El expediente fue promovido inicialmente ante un Juzgado con

competencia en asuntos de familia. En ese marco se remitieron las actuaciones a la Defensora de Menores e Incapaces, la cual sostuvo que “por el momento, no se encuentran en juego intereses de niños, niñas, y adolescentes que amerite la intervención” (ver dictamen del 8 de marzo de 2021).

Después y al haberse denunciado el inicio del proceso sucesorio

de I. (el que tramita en este Juzgado bajo el número 5015/21), la magistrada de familia se declaró incompetente por fuero de atracción (el 11 de marzo de 2021). Una vez notificada y firme esa decisión, se aceptó la competencia para que este Juzgado entienda en el caso (el 5 de abril de 2021).

Tras esa decisión se ordenó citar a los padres del causante — a fin de que hagan valer sus derechos en el expediente, dado que lo pedido puede afectar sus derechos hereditarios (el 15 de abril de 2021). Así fue que las personas mencionadas se presentaron al proceso y prestaron plena y expresa conformidad con lo solicitado (escrito del 21 de abril de 2021).

Con la conformidad de los padres de I. se

remitió el proceso al Fiscal. En su dictamen, ese magistrado requirió que se produzca la prueba informativa y testimonial, así como una nueva vista a la Defensora de Menores (el 15 de septiembre de 2021). Al recibir la causa, se ordenaron los informes pedidos y se difirió la restante prueba, al mismo tiempo que se desestimó otra vista a la Defensora de Menores, en función de que ya había tenido intervención en la causa (el 22 de septiembre de 2021).

Una vez producida la prueba informativa, se consideró que era

inconducente recabar más elementos y se remitieron las actuaciones al Fiscal para que emita su dictamen final (el 28 de octubre de 2021). En esa ocasión, la fiscalía prestó conformidad con el pedido de autorización solicitado (el 10 de diciembre de 2021). Luego de hacer saber ese dictamen, el proceso quedó en condiciones de ser resuelto.

3. Tras esas referencias a los términos de la autorización pedida y

a las constancias de la causa, me parece interesante destacar algunas cuestiones que rodean al asunto, ya que lo entiendo novedoso o —por lo menos— se trata de un tema que se encuentra en plena evolución en la jurisprudencia.

Aquí estoy en presencia de lo que se denomina como fertilización

*post mortem*, la que —lamentablemente— carece de regulación en el nuevo ordenamiento Civil y Comercial. Ella consiste en la realización de una técnica de reproducción humana asistida mediante la utilización de gametos de la persona fallecida o con embriones de los miembros de la pareja o matrimonio. En el caso se trata del primero de esos supuestos —utilización de gametos—, toda vez que se pide el uso de las muestras de semen criopreservadas por I.

Pero cuando hice referencia a que lamentablemente el Código Civil y Comercial actual no legisló sobre la cuestión, lo señalé porque en el anteproyecto de reforma sí se lo regulaba de manera expresa en lo que hubiera sido el artículo 563. Más adelante me referiré sobre los parámetros que allí se fijaban, pero lo cierto es que hoy no existe una regulación sobre la fertilización *post mortem.* Ese panorama me conduce a ponderar el pedido de acuerdo a los principios que emanan de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, todo de acuerdo a las pautas de los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial.

Entonces y para comenzar, me parece útil recordar a González Duran[[1]](#footnote-1) cuando comentó una interesante sentencia del Juzgado del fuero 7, en donde se denegó un pedido similar pero con plataforma fáctica distinta[[2]](#footnote-2). La autora citada destacó que en la fertilización *post mortem* encontramos varios derechos fundamentales comprometidos: el derecho a formar una familia y de tener acceso a los avances científicos, los derechos a la determinación del propio cuerpo y los derechos personalísimos a la identidad, a conocer la realidad biológica y el interés superior del niño o niña que nacería de dicha práctica médica.

En ese conjunto de derechos comprometidos, algunos autores se

oponen a la fertilización *post mortem* al sostener que esa práctica genera niños huérfanos[[3]](#footnote-3). Pese a que la analicé, no comparto esa postura. Me parece que se trata de una mirada que contempla un solo modelo de familia, lo que no se corresponde con el paradigma actual. A mí modo de ver —situación que considero evidente— la organización familiar ha cambiado y muchos niños y niñas nacen por fuera del vínculo conyugal, como ocurre con las convivencias de parejas heterosexuales, las familias monoparentales y las familias homoparentales. Todos esos modelos de familia deben ser contemplados para tener una mirada que abarque el tema en todos sus aspectos y con noción de realidad. En otras palabras, de seguir ese parecer no estaría resguardando el interés superior del niño, sino que —de manera indirecta— solo abalaría la imposición de una visión del mundo que se olvida de otras realidades, lo que es incoherente con el ordenamiento jurídico valorado en su conjunto y hasta discriminatorio (art. 2 del Código Civil y Comercial y 16 de la Constitución Nacional).

Por eso es que el principal argumento por el cual se resiste esta

práctica no me convence. De hecho, creo muy oportuno recordar el caso “Forneron” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se resaltó que la familia monoparental es tan familia como cualquier otra y “no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños”. Más aún, “la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”[[4]](#footnote-4). Evidentemente, esas expresiones sirven al caso.

Entonces y al evaluar axiológicamente el pedido —dada la falta

de legislación específica— pondero con mayor peso otras razones. Esos argumentos radican en el respeto a la autodeterminación de las personas, a la voluntad procreacional y al respeto por el proyecto parental. Dicho de otro modo y como se destacó en un caso donde se autorizó la fertilización *post mortem*, la decisión de tener hijos a través de técnicas de reproducción humana asistida forma parte de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar, por lo que la decisión de ser —o no— madre o padre es parte de ese derecho a la vida privada y se relaciona con la autonomía reproductiva, tal como también lo resaltó la Corte Interamericana en el caso “Artavia Murillo”[[5]](#footnote-5).

Además, hay algo que no puede perderse de vista y que es soporte

esencial del andamiaje constitucional: el art. 19 de la Constitución Nacional recepta los principios de privacidad y legalidad, por los cuales se erige el respeto a la autonomía y libertad personal y se establece una limitación para la interferencia del Estado. Tal como surge del dispositivo, ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En consecuencia, en función de los derechos tutelados y al no

tratarse de una práctica prohibida por la ley, no veo impedimento para admitir la fertilización *post mortem* en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo y para evitar confusiones sobre mí parecer en la cuestión, entiendo necesario aclarar que una cosa es no ver reproche constitucional o convencional a la admisión de la práctica y otra —muy distinta— es que se verifiquen los extremos necesarios para su autorización.

Es que si bien tengo una postura positiva sobre el tema, no creo

que en cualquier circunstancia pueda autorizarse la práctica y no veo conveniente ser laxo en cuestiones que hacen a la voluntad procreacional. Ese asunto lo evaluaré en el punto que sigue.

4. En base a lo anterior, es preciso señalar que la fertilización *post*

*mortem* es un supuesto de excepción y solo puede otorgarse en casos particulares. Pero al no haber una ley específica sobre la temática, enunciaré los que —en general— suelen mencionarse como sus requisitos de procedencia.

El proyecto de reforma al Código Civil y Comercial establecía en

el artículo 563 un principio general, por el cual “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”. Sin embargo, allí se establecía una excepción si “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” y si “la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”[[6]](#footnote-6).

La Comisión Redactora del proyecto dejó plasmado que “se

regula de manera expresa la cuestión de la fertilización o procreación ‘post mortem’, es decir, la especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja fallece durante el proceso que estas técnicas implican; la regla es la prohibición, pero se permite que la pareja de la persona a la cual se le va a transferir el gameto deje expresada su voluntad de que en caso de fallecimiento acepta que su material reproductor sea inseminado dentro del año siguiente a su deceso. Esta manifestación puede ser expresada en el documento en el cual se presta el consentimiento al sometimiento de las técnicas o en un testamento”.

Como puede verse del texto del anteproyecto —al que solo acudo

como un parámetro, dado que no se trata de ley vigente—, así como de las sentencias y análisis doctrinarios que se citan a lo largo de esta decisión[[7]](#footnote-7), lo más importante en este asunto es la acreditación de la voluntad procreacional del fallecido. Me parece el punto más determinante y en el que no puede haber lugar a dudas.

Por eso el anteproyecto admitía la práctica solo cuando se hubiera

prestado consentimiento informado o cuando medie testamento. La voluntad procreacional —en los términos del artículo 562 del Código Civil y Comercial vigente— implica el otorgamiento de un consentimiento previo, libre e informado para la realización de las técnicas de reproducción humada asistida. Eso por cuanto en el marco de las técnicas, el vínculo filial se establece a partir de la voluntad procreacional, con independencia de quien haya aportado los gametos.

Al respecto, debo decir que en el caso no es necesario argumentar

demasiado sobre la voluntad procreacional de I. ya que prestó un testamento por acto público en donde plasmó de la manera más clara, repetida y notoria posible su libre voluntad de continuar con su proyecto de familia con R. No se trató de cualquier acto ni de un deseo que deba presumirse. Aquí se trató de su última voluntad.

Es más, me parece tan expreso, tan claro y tan indudable su

último deseo que no voy a citar los términos del testamento, sino que lo voy a mostrar. Lo que sigue son tres extractos del testamento de I.:

Como surge de la lectura de ese instrumento, I. no solo

expresó su última voluntad por acto público, sino que ese día (el 6 de julio de 2019) también otorgó un poder irrevocable a su cónyuge con indicaciones brindadas en igual sentido. Además, en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida que había llevado a cabo con anterioridad, I. ya había prestado su consentimiento tiempo antes y después de esos actos (el 1 de abril de 2019 en Fertilab y el 10 de julio de ese año en In Vitro Buenos Aires, instrumentos cuya autenticidad fue verificada mediante prueba de informes).

No obstante, me parece que con el testamento brindado no hace

falta decir más, dado que considero claro y notorio que en este caso quedó demostrada de manera sobrada la voluntad procreacional de I. para continuar con su proyecto de familia con R. Espinoza aún después de su muerte.

5. Como ya resalté antes, el texto proyectado —pero no

sancionado— del artículo 563 del Código Civil y Comercial fijaba otro requisito más para la viabilidad de la fertilización *post mortem*, consistente en que la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produzca dentro del año siguiente al deceso[[8]](#footnote-8). Es decir, el otro extremo a verificar en el asunto es la fijación de un plazo para la realización de la práctica.

En ese punto me parece importante dejar sentado dos cuestiones. La primera es que R. inició el pedido de autorización en fecha cercana al año de la muerte de I. Mi parecer tal vez hubiera sido otro de haber pasado mucho tiempo. La segunda consiste en que creo prudente fijar un plazo para la realización de la práctica —la que obviamente habilitaré como puede advertirse con lo dicho hasta el momento—, dado que con eso se garantiza seguridad jurídica a todos los involucrados, como la mujer, sus herederos y el niño o niña que pudiera nacer.

Al respecto y si bien he seguido como parámetro el proyectado

artículo 563, considero que el plazo anual que allí se fijaba era breve para la situación planteada. Sobre eso concuerdo con la crítica de Gil Domínguez, cuando refirió que el plazo de un año es demasiado exiguo en relación con el necesario duelo que debe atravesar una persona por la pérdida de un ser querido y la adopción de una decisión que reconfigura su plan de vida original[[9]](#footnote-9).

Por eso, al momento de decidir otorgaré un término mayor. Es

que en este caso juegan otros factores como la pandemia desatada por el Covid-19, la cual condujo a una sobrecarga en los sistemas de salud que derivaron en demoras para cualquier práctica médica. Además, aquí no se trata de embriones sino que deben fecundarse los óvulos de R. con el semen de I., lo cual puede que no ocurra en la primera ocasión, por lo que tal vez haya que pasar por otros procesos de estimulación ovárica o acudirse a una ovodonación, lo que también fue parte de la última voluntad de I. Todas esas actividades suelen llevar algunos meses hasta el momento de la transferencia.

Entonces y por esas particularidades, entiendo razonable otorgar

el plazo de un año y seis meses para la realización de la práctica médica solicitada, a contar desde que quede firme esta presente decisión. Eso implica habilitar el uso de todas las muestras de semen crioperservadas de I. a los efectos de lograr una transferencia con los embriones que se formen dentro del mencionado término, a la espera de lograr el ansiado embarazo. Esas muestras de semen solo serán utilizadas con los óvulos de R. o con los de la donante de óvulos, siempre que R. elija transitar por esa vía en caso de ser necesario.

6. Al llegar a este punto, solo me queda desear que el proyecto de

amor de R. e I. se haga realidad a pesar de la muerte y que se exalte con el nacimiento de un hijo. Creo que es un sueño compartido de toda su familia. Si eso ocurre no quiero que haya inconvenientes al momento de anotar el nacimiento, ni que tampoco haya dudas sobre su identidad o sobre cuestiones hereditarias.

Por eso es importante destacar que el artículo 2279 del Código Civil y Comercial establece que pueden suceder al causante las personas nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561. Ese dispositivo hace referencia al consentimiento para la realización de la técnica y a que los nacidos de esos procedimientos son hijos de quien los dio a luz y del hombre o mujer que prestó su consentimiento. Ese extremo lo tuve por acreditado con la voluntad proceacional reflejada en el testamento de I.

En consecuencia y de lograrse el esperado nacimiento con vida, la

persona o personas nacidas —de tratarse de un embarazo múltiple— deberán ser inscriptas como hijos o hijas de R e I. A su turno, se deberá pedirse en el plano de la sucesión la declaratoria de herederos respectiva.

7. Por último, de las constancias de la causa no surge que se haya

denegado injustificadamente el tratamiento de fertilización asistida requerido por la peticionaria. De ser así, debió haberse expresado con claridad la cuestión, a fin de sustanciar la eventual controversia con los sujetos pasivos de ese reclamo.

Entonces, creo que excede al caso disponer el modo en que debe

cubrirse la prestación médica, por lo que —de verificarse algún asunto o incumplimiento en el futuro— deberá la interesada hacer valer su derecho por la vía correspondiente con el adecuado ámbito de defensa para los eventuales sujetos pasivos de ese reclamo.

Sin embargo y solo a los efectos de que tome conocimiento,

notifíquese por cédula la presente decisión a las clínicas, laboratorios, empresas de medicinas prepagas u obras sociales que intervendrán en la técnica.

En consecuencia y por lo expresado hasta ahora, **RESUELVO:** 1°) autorizar la utilización *post mortem* de las cuatro (4) muestras de semen criopreservado por el fallecido I. para realizar técnicas de reproducción humana asistida con los óvulos extraídos a R. o con el material ovodonado para el caso de que R. elija acudir a ese método; 2°) el plazo para realizar transferencias de embriones en el cuerpo de R. se extiende por un año y seis meses desde que quede firme esta decisión, lo cual implica que durante ese término podrán transferirse los embriones formados con el material de I. hasta lograr un embarazo que derive en el nacimiento de un hijo o hijos vivos —de presentarse un embarazo múltiple—, luego de ese plazo ya no podrá utilizarse el material restante; 3°) de producirse el nacimiento con vida, se deberá inscribir a la persona o personas nacidas como hijo o hija deR e I., lo cual deberá ser comunicado a la autoridad administrativa correspondiente; 4°) desestimar lo pedido en cuanto a la extensión de la cobertura del tratamiento que debe realizarse, más allá de la notificación por cédula ordenada a quienes intervendrán en la técnica.

Regístrese, notifíquese en el domicilio electrónico y al Fiscal

mediante vista digital. No obstante, **se aclara que de publicarse la presente decisión deberán anonimizarse el número del expediente y los nombres de las personas involucradas**.

Christian R. Pettis, Juez

1. González Duran, Paloma, *Fertilización post mortem y la necesidad de su reglamentación*, RDF 2020-IV, 129, cita online: TR LALEY AR/DOC/2234/2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. JNCiv. 7, “C., E. s/ autorización”, 05/02/2020, cita online: TR LALEY AR/JUR/158/2020. [↑](#footnote-ref-2)
3. Morea, Adrián, *Consideraciones críticas al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 en los aspectos relativos al estatuto jurídico del embrión*, La Ley, DJ, 28/11/2012, 95; Berbere Delgado, Jorge Carlos, *Fecundación post mortem. ¿Hacia una forzada orfandad parental?*, La Ley DFyP 2012 (octubre), 01/10/2012, 65; y Laferriere, Jorge, *Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil*, El Dial DC18C8, 2012. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte IDH, caso “Fornerón e hija c. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27/04/2012. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28/11/2012. [↑](#footnote-ref-5)
6. Herrera, Marisa – De la Torre, Natalia – Fernández, Silvia, *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, pág. 701 y sig. [↑](#footnote-ref-6)
7. Herrera, Marisa, *Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas,* disponible en [**https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1280.pdf**;](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1280.pdf) Juzgado de Familia 1 de Posadas, “P. s/ Medida Autosatisfactiva”, 10/09/2021, La Ley online, cita: TR LALEY AR/JUR/147297/2021; Tagliani, María Soledad, *La trascendencia de la autonomía de la voluntad y el derecho a no ser padre en las técnicas de reproducción humana asistida*, La Ley, 30/6/21; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 76, “E., A. N. c. P. s/ Amparo”, 30/12/2019¸ La Ley on line, cita: TR LALEY AR/JUR/63680/2019; CNCiv., Sala B, “D., M. H. y otros s/ autorización”, 03/04/2018, La Ley on line, cita: TR LALEY AR/JUR/20162/2018; así como las demás obras y sentencias dictadas en el presente. [↑](#footnote-ref-7)
8. Herrera, Marisa – De la Torre, Natalia – Fernández, Silvia, *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, pág. 701 y sig. [↑](#footnote-ref-8)
9. **Gil Domínguez, Andrés, *Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un falle ejemplar*, La Ley, 03/08/2016, pág. 8.** [↑](#footnote-ref-9)