



Poder Judicial de la Nación  
JUZGADO CIVIL 7

14133/2018

CUSSI, ETELVINA s/AUTORIZACION

Buenos Aires, de febrero de 2020.- MMC

**AUTOS Y VISTOS:**

I.- A fojas 8/10 se presenta por propio derecho la Sra. Etelvina Cussi ante el fallecimiento de quien fuera en vida su cónyuge Miguel Leoncio Torres, solicitando autorización judicial para la utilización de semen criopreservado de aquél en un tratamiento de fertilización asistida *post mortem*. Manifiesta que dicho material genético se encuentra en poder del Centro de Medicina Reproductiva PREGNA, con domicilio en la calle Juncal 3940 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Relata que el médico de cabecera del Sr. Torres, al indicarle efectuarse el tratamiento de quimioterapia a causa de un cáncer detectado, le anticipó que tal práctica era sumamente invasiva y que podía afectar su capacidad reproductiva. Que por tal motivo, la aquí peticionante y el Sr. Torres, decidieron proceder a la criopreservación de semen de aquél, procedimiento que fue realizado en el Instituto PREGNA.

Agrega la inexistencia de descendientes de su matrimonio y que ante el deceso del Sr Torres y habida cuenta el deseo de aquél como el propio de tener un hijo, concurre a dicho instituto a los fines de continuar y finalizar el tratamiento ya iniciado; es allí donde se le informó que es necesario -a tales efectos- contar con autorización judicial en reemplazo de la voluntad de quien fuera en vida su cónyuge.

Seguidamente se expone sobre definiciones y precisiones médicas y jurídicas respecto de las técnicas de



reproducción humana asistida, el derecho y la jurisprudencia nacional en la que se funda.

Acompaña documental y ofrece prueba que es ampliada a fs. 52.

**II.-** A fs. 16 obra la partida de matrimonio de los cónyuges Miguel Leoncio Torres y Etelvina Cussi y a fs. 17 la partida de defunción del Sr. Miguel Leoncio Torres.

A fs. 26/27 y 31/33 obra historia clínica del Instituto Pregna, la que da cuenta de los estudios efectuados al Sr. Miguel Leoncio Torres.

A fs. 37/39 se adjunta el contrato que celebró el Sr. Miguel Torres, DNI 33.378.877, de fechas 30 de Diciembre de 2013 y 03 de enero de 2014 con Pregna Medicina Reproductiva, mediante el cual ésta última se obliga a la criopreservar y almacenar las muestras de semen de aquél, quedando facultado el contratante a determinar el futuro de las muestras de semen congelado.

En cuanto al plazo de vigencia de dicho consentimiento, el mismo es de un año, a partir de la fecha de la entrega de la muestra y su congelamiento, pudiendo ser renovado de mutuo acuerdo por escrito.

Las cláusulas del instrumento se encuentran predispuestas por Pregna Medicina Reproductiva, por lo que, por su redacción, se asimila el mismo a un “contrato de adhesión”.

A fs. 47 y 49 se presentan Alejandra Rita Torres y Rolando Torres, hermanos del Sr. Miguel Leoncio Torres, en calidad de testigos quienes ratifican la declaración prestada a fs. 46 y 48, en los términos previstos por los arts. 440 1era. parte, 441 y 443 del Código Procesal Civil y Comercial.

De sus coincidentes declaraciones surge que, habiendo Miguel tomado conocimiento de la gravedad de su enfermedad, le preguntó al oncólogo si después del tratamiento podría tener hijos,





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 7

éste le aconsejó someterse al procedimiento de criopreservación de esperma, puesto que la quimioterapia podía afectar la capacidad reproductiva. Por tal razón, Miguel y su esposa, decidieron practicar el procedimiento indicado ya que ambos tenían un deseo enorme de tener un hijo, pero la enfermedad de aquél, apuró los acontecimientos.

A fs. 52 obra acta que da cuenta de la audiencia celebrada entre la Sra. Etelvina Cussi y su letrado patrocinante, el Dr. Ricardo Daniel Leone Campos con la suscripta, en presencia de la Lic. Patricia Strcikland, trabajadora social del Servicio Social del Juzgado. De la misma surge que después de mantener una amplia entrevista, la accionante ratifica lo expuesto en la demanda y la petición allí realizada. Asimismo, hace saber que se encuentra pagando mensualmente el abono a fin de mantener la criopresevación de gametos. Tal circunstancia fue documentada a fs. 53/59, ver contestación de oficio de Pregna Medicina Reproductiva, adjuntando los comprobantes de pago correspondientes a los períodos 2017-2018, enero a abril de 2019 y mayo a julio de 2019.

Del cotejo del expediente surge a fs. 60, que se recibieron los autos caratulados “Torres Miguel Leoncio s/Sucesión” (Nro. 14.689/2017) del Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 93.

En dicho Expediente, con fecha 2 de febrero de 2018, se dictó declaratoria de herederos disponiendo que por fallecimiento de Miguel Leoncio Torres, le suceden en el carácter de únicos y universales herederos sus padres Leoncio Torres Villalobos y Elena Rita López y su cónyuge Etelvina Cussi.

Asimismo, surge de aquel, que el acervo hereditario estaba constituido por un plazo fijo en pesos en el Banco Patagonia (ver fs. 7), disponiendo el juzgado interviniente que los dichos fondos fueran depositados en una cuenta en dólares que se abrió en el Banco Nación -Sucursal Tribunales- por un importe de dólares estadounidenses un mil trescientos cincuenta siete dólares con un



centavo (U\$S 1.357,01.-), (ver fs 38 vta. y 54), suma que, posteriormente, fue entregada en su totalidad a la Sra. Etelvina Cussi (ver fs. 66/68) con conformidad de los herederos, padres del causante (ver fs. 35).

A fojas 40/43 obra el dictamen de la Sra Fiscal quien concluye, después de exponer los fundamentos -a los que me remito en honor a la brevedad-, que la autorización solicitada debe ser rechazada.

**III.-** En dicho contexto procesal y valorando la prueba documental y testimonial aportada por la peticionante, como asimismo la prueba informativa producida en autos y la entrevista personal que mantuvo la suscripta con la Sra. Cussi, corresponde examinar la acción incoada, teniendo en consideración a sus efectos el instrumento denominado “Contrato de crioconservación de esperma” celebrado entre quien fuera en vida el Sr. Miguel Leoncio Torre y Pregna Medicina Reproductiva.

El presente caso debe ser resuelto mediante una decisión razonablemente fundada que conjugue adecuadamente las disposiciones del Código Civil y Comercial, con los principios axiológicos que se desprenden de las normas de superior jerarquía y respetando el orden que surge del sistema de fuentes interno: Constitución Nacional, tratados de derechos humanos internacionales de rango inferior ratificados por el Estado argentino; los usos y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho (art. 1, 2, 3 del Código Civil y Comercial).

Para comenzar el análisis, lo importante aquí es destacar que, cuando se trata de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) según nuestra legislación “la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código Civil y





Poder Judicial de la Nación  
JUZGADO CIVIL 7

Comercial (CCyC) y en la ley especial” (art. 575 y concordantes), por lo que el análisis de este punto merecerá especial atención tanto en la filiación por TRHA inter-vivos como luego del fallecimiento.

Por ello, en el sub lite, la cuestión a decidir se circunscribe a determinar si estando en vida, Miguel Leoncio Torres prestó su consentimiento libre e informado para que, luego de su fallecimiento, Etelvina Cussi iniciara un tratamiento de fertilización asistida y pudiera utilizar los gametos -de aquél- criopreservados y almacenados en el Instituto Pregna desde el 30 de diciembre de 2013; y en razón de ello, si se configuran los presupuestos para autorizar la FPM.

**IV.-** Preliminarmente cabe destacar que el supuesto de la FPM 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 (TRHA), 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 la FPM puede darse en distintas modalidades, por ejemplo puede configurarse el supuesto -que no es el caso de autos- que la técnica de reproducción humana asistida se realice con embriones criopreservados de la pareja o matrimonio, es decir, en casos en que la persona fallece con posterioridad a haber iniciado o planeado recurrir a las TRHA.

También puede darse el caso que el embrión sea generado post mortem con gametos criopreservado del fallecido u obtenido incluso recurriendo a una extracción compulsiva de semen de la persona fallecida; no así de ovocitos, por la complejidad en la producción, extracción y conservación.

La FPM puede definirse como aquella TRHA que se lleva adelante luego del fallecimiento de uno de los integrantes de la



pareja y que incluye tanto la fecundación de óvulos -con semen criopreservado y/o extraído con posterioridad al fallecimiento-, como la transferencia embrionaria de manera indistinta. A su vez, se utiliza el término fertilización en vez de filiación, por entender que la filiación póstuma puede acaecer con prescindencia de las TRHA, existiendo la primera aún antes del Código Civil y Comercial (CCyC). Así por ejemplo los arts. 213 y 243 CC preveían la presunción de filiación matrimonial en casos en que el marido hubiese fallecido con anterioridad al nacimiento mientras que el art. 254 CC daba lugar a la acción de reclamación de estado incluso después del deceso del supuesto padre. Por su parte, los arts. 566 y 568 CCyC operan en similar sentido para la determinación de la filiación matrimonial, y los arts. 580 y 582 CCyC para acciones de reclamación de filiación en supuestos de previo fallecimiento del pretense progenitor.

En este sentido, la diferencia entre las FPM y las demás TRHA radica en el factor tiempo: la técnica (sea a través de la fertilización del óvulo o a través de la transferencia embrionaria) se lleva a cabo luego de que una persona ha fallecido, extremo ahora posible gracias al desarrollo de la ciencia).

En torno a las clases de FPM, es posible encontrar una visión más restringida y otra más amplia.

Desde una primera óptica, las clases de FPM pueden presentarse de las siguientes formas: a) Una mujer se insemina artificialmente con material genético del cónyuge o del conviviente fallecido durante el proceso de concretización de las TRHA. b) Una mujer se implanta un embrión crioconservado generado mediante las TRHA. c) Una mujer solicita la extracción de material genético del cónyuge o del conviviente repentinamente fallecido a efectos de utilizar dicho material genético para su posterior fecundación.

Una visión más amplia -que comparto plenamente- no se reduce exclusivamente a supuestos de parejas heterosexuales donde





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

fallece el hombre y la mujer es el sujeto receptor del material genético del cónyuge o conviviente o de un embrión conformado con dicho material y el material genético de la misma, sino que, también considera incluidas a parejas heterosexuales donde fallece la mujer cónyuge o conviviente (mediante el acceso a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético de la fallecida y sus gametos), a parejas de la diversidad compuestas por mujeres donde fallece una de ellas (mediante embriones generados con material genético de la fallecida y un donante) y a parejas de la diversidad compuestas por hombres donde fallece uno de ellos -mediante el acceso a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético del fallecido y una donante-. (Perez, Agustina, "Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mórtem ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Familia I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, p. 181.)

Por lo dicho, en los casos descriptos precedentemente, se está en presencia de supuestos 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 qué requisitos deben configurarse para que sea permitida en el ámbito jurídico y más precisamente en el caso que nos ocupa para que sea autorizada por vía judicial; cuáles son las condiciones mínimas que deben darse para, -respetando los derechos personalísimos de todas las partes involucradas, principalmente los de la persona fallecida- realizar una inseminación póstuma garantizando todos los derechos (filiales y hereditarios) del niño que pudiera resultar de dicha práctica.

Existen diversos interrogantes en torno a esta técnica. Por ejemplo, si es posible la extracción compulsiva de gametos. ¿Esto pertenece (o no) al ámbito privado? ¿Constituye un derecho



personalísimo la decisión de tener o no hijos? ¿Existe un derecho a reproducirse póstumamente? También preguntas como ¿cuánto tiempo puede estar criopreservado el material genético o los embriones? ¿Qué derechos (si es que los hay) tienen las personas cuyas parejas han fallecido para ejercer la posibilidad de recurrir a la FPM?. ¿Qué derechos corresponden al niño que pudiera nacer de dicha práctica? ¿Tendrá derechos filiatorios y/o hereditarios? Y si así fuese, ¿hasta cuándo deberían esperar las personas interesadas en la sucesión del causante?

Estos son algunos de los interrogantes que surgen a la hora de conceptualizar la FPM. Así, “fácil se observa” dice Herrera “que la FPM no sólo constituye un conflicto actual, sino que, además, despierta el interés mediático y bioético de ordenamientos jurídicos muy diversos”. (Herrera, Marisa; “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, N°1, 2017, Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1280.pdf> (06/03/2017))

Cabe señalar que desde el punto de vista jurídico no existe en nuestro país, una disposición legal que regule la fecundación post mortem, motivo por el cual se puede decir que se está 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 FPM sea expresamente regulada, estableciendo los requisitos que la legislación considere pertinentes, siendo respetuosa de los derechos de todos los involucrados.

Como lo expresé precedentemente, 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







Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

Constitución Nacional (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 Avalos, Anibal “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).

Más adelante pasará revista al desarrollo jurisprudencial local, dando cuenta de las tensiones que surgen ante la ausencia de una norma específica en la materia y ante la inobservancia de reglas generales para las TRHA.

### V.- La regulación de la FPM en el derecho comparado.

Existen 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, Países Bajos, Israel, Grecia, Portugal, Canadá, EE.UU., donde depende de cada Estado. P. ej. entre ellos: Alabama, Delaware, Illinois, Maine, New México, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington y Wyoming han promulgado dentro de sus territorios la *Uniform Parentage Act* -Ley de Parentesco Unificado, o UPA por sus siglas en inglés-. Otros estados incluso contemplan la vocación hereditaria del futuro niño como por ejemplo California, Luisiana, Virginia y Florida. Así, California en su Probate Code -Código Testamentario- sección 249.5-; Australia, Uruguay, Brasil) y *b) su prohibición expresa* (p.ej.: Francia, Alemania, Italia, Suecia,); *c) o simplemente no están reguladas*, como el caso de Rusia (No regula, aunque hay precedente jurisprudencial), México, Venezuela, Perú, Chile y la República Argentina.



Aquellos ordenamientos que admiten la FPM, regulan en líneas generales sobre la base de dos aristas centrales:

*a) el tiempo*, estableciendo un límite máximo para su realización (en general casi todas las regulaciones en torno a la FPM prevén la existencia de un plazo determinado. Ello garantiza seguridad jurídica a todas las partes involucradas: mujer, herederos y niño que pudiera nacer). Aunque, respecto del plazo en el cual se puede ejercer el derecho a la FPM es posible distinguir entre: i) existencia de un plazo (que como mínimo es de un año pero que puede ser mayor), ii) inexistencia de un plazo (donde cabe diferenciar entre inexistencia de plazo sin efectos hereditarios o con efectos hereditarios) y iii) combinación de existencia de plazo e inexistencia de plazo (el primero con efectos hereditarios y una vez transcurrido el mismo sin efectos hereditarios). En este punto, algunos autores como Gil Domínguez, han considerado que la existencia de un plazo de un año es demasiado exiguo en relación con el necesario duelo que se debe atravesar una persona por la pérdida de un ser querido y la adopción de una decisión que reconfigura su plan de vida original. (Gil Dominguez, Andrés Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte. LA LEY 03/08/2016, 03/08/2016, 8 - LA LEY2016-D, 542);

*b) el consentimiento previo de la persona fallecida* (autonomía de la voluntad). Se observa que dentro de los países que regulan la FPM todos ellos especifican la necesidad de contar con un consentimiento informado previo. En este sentido, resulta evidente la importancia que tiene en los distintos países, asegurar claramente las condiciones de ejercicio y continuación de la voluntad procreacional, del proyecto parental y el plan de vida, respetando así los derechos personalísimos de la persona fallecida. En este sentido, es importante señalar que Argentina también preveía la necesidad de contar con un consentimiento informado expreso para tal fin.





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

Así con distintos alcances, la FPM en el derecho comparado, se diseña sobre la base de los siguientes aspectos: a) presencia o ausencia de consentimiento del causante expresado en vida para la fertilización o fecundación (España, por ejemplo requiere del consentimiento expreso y es la única ley que admite también el consentimiento presunto); b) eficacia del consentimiento tras el fallecimiento; c) posibilidad de transferir sólo embriones crioconservados o también material genético.

En cuanto al niño que pudiera nacer hace falta también considerar dos puntos centrales al momento de legislar sobre la FPM: los *derechos filiales y hereditarios*.

En este sentido, tanto en la norma proyectada en este país como en los demás que regulan la FPM no hay una mención expresa a ellos en el mismo artículo donde se autoriza la técnica. Sin embargo, tal situación no le resta importancia al punto de considerar dichos extremos en una legislación respetuosa de los derechos del niño a poder gozar de los mismos derechos que le corresponderían de haber nacido con sus dos progenitores vivos. 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).

**VI.-** En nuestro sistema legal si bien la fecundación post mortem no se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial, ni en una ley especial, (y sin desconocer las propuestas de ley especial presentadas en 2013 y 2017 en Diputados, cuyo objetivo era y es “*regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del uso de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida y la protección del embrión no implantado*” Artículo 1 de los proyectos de ley 581-aunque esta primera versión no pretendía regular sobre la FPM- y 4058-D-14 y 0091-D-2017) 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”*.

En los Fundamentos del Anteproyecto se explicitaba que la necesidad de regulación correspondía a proteger, de alguna manera, *“la especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja fallece durante el proceso que estas técnicas implican”* (Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pág. 77. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>). Esta redacción fue mantenida también en el Proyecto.

Finalmente, esta figura que proporcionaba cierta seguridad jurídica a todos los actores intervinientes: cónyuge supérstite, difunto, herederos y el niño que pudiera llegar a nacer -con ciertas críticas, en especial en lo relativo al embrión y no así los casos más comunes de gametos del fallecido-, no prosperó y fue eliminada de la versión final del proyecto. El dictamen final de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los





Poder Judicial de la Nación  
JUZGADO CIVIL 7

Códigos Civil y Comercial de la Nación del 20/11/ 2013 daba por eliminada la FPM. (Ver al respecto Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 2013, orden del día n° 892. Impreso el día 20 de noviembre de 2013. (Disponible en: [http://ccycn.congreso.gob.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/892-013\\_normal.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/892-013_normal.pdf). Ver Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 2013, orden del día n° 892. Impreso el día 20 de noviembre de 2013. [http://ccycn.congreso.gob.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/](http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/))

Es importante resaltar que ambas versiones permitían únicamente la utilización de embriones, dejando de lado la posible utilización de gametos como así también la extracción compulsiva.

Ello, de base, contradice la postura de la CIDH. Sucede que circunscribir la FPM a los casos en que exista sólo embriones (conformados con el material genético de la pareja en el caso de que se trate de dos personas de diferente sexo, o con alguno de las personas que tienen la voluntad de ser padres o apelándose a un material de tercero), implicaría defender la postura contraria a la que es seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* del 28/11/2012 y además, contradecía el propio texto que se proponía en el Anteproyecto en el art. 19 en su redacción original.

Por otra parte, es dable destacar que esta regulación se conjugaba con el art. 2279 del libro quinto sobre la transmisión de derechos por causa de muerte: *“Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento”*.



Este último artículo permanece en el CCyC con idénticos alcances, situación que hace dudar acerca de la procedencia -y sus condiciones- de la FPM. (Técnicas de Reproducción Humana Asistida Tomo II. Obra Colectiva. Directora Marisa Herrera, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Agosto 2018 Cap.VII Fertilización Posmortem: Una forma novedosa de Familia? Sobre su regulación y Experiencias por Inés Bescós Vera y Agustina Perez, p 149 y ss)

De la combinación anterior, puede observarse que la regla general, era la prohibición de la FPM y la excepción su permisión o realización bajo ciertas condiciones que proporcionen seguridad jurídica a todas las partes involucradas. En este sentido, la regulación propuesta del Anteproyecto reforzaba el principio fundamental y la base de las TRHA que es la autonomía de la voluntad reflejada a través del consentimiento. Así, según los Fundamentos del Anteproyecto el consentimiento es el “*elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida*”; que a su vez, según establecía el Anteproyecto del CCyC, debía ser *específico* para la inseminación post mortem y en beneficio de una mujer concreta; *expreso*, pues no debería inferirse que por encontrarse la pareja inmersa en un tratamiento el deseo continúa aún después de fallecido; expresado en forma *escrita; formal*, mediante testamento o documento privado en la clínica firmado a tal efecto (Rodríguez Guitián, Alma María; “Reproducción artificial *post mortem*”. En XII CONGRESO NACIONAL Y II LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGIA JURIDICA “Problemas Sociales de Latinoamérica. Desafíos al campo Jurídico”, 2011, Comisión de trabajo: Familias, infancias y adolescencias: las respuestas del campo jurídico, pág. 3. dice “no es cualquier documento privado, se circunscribe al formulario para dar el consentimiento informado que hay en las





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

clínicas que llevan a cabo tales técnicas de reproducción asistida y al documento de instrucciones previas. A ello ha de añadirse que, al ser excepcional la admisión de la fecundación post mortem por las circunstancias en que va a llevarse a cabo el nacimiento de un futuro ser -esto es, sólo se permite cuando concurren determinados requisitos-, pienso que han de exigirse las mayores garantías a la hora de emitir el consentimiento”); y de *carácter personalísimo* en el sentido de que no debería ser admisible, a ninguna otra persona, asumir ni suplir dicho consentimiento en nombre del difunto (ni siquiera un juez/a).

Además, el art. 563 del Anteproyecto determinaba un plazo máximo de un año para la implantación (no para la transferencia, según palabras textuales del articulado propuesto). Ello, probablemente, en tanto “*el éxito no depende en exclusiva de la pericia médica, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la viuda, de su predisposición al éxito*” (Pérez Gallardo, Leonardo B., “Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, pág. 153) y a su vez “*no pone en apuro a la viuda ni va en desmedro de los derechos de los pretendidos herederos*”. (Pérez Gallardo, Leonardo B., “Inseminación artificial...” Op. Cit, pág. 153)

Por otro lado, la norma proyectada proporcionaba reglas claras para establecer el vínculo filial con el difunto, ello en pos de proteger los derechos hereditarios propios del niño que pudiera nacer y de terceros. De esta manera “no queda excesivamente abierta en el tiempo la sucesión hereditaria, de modo que no se menoscaban los derechos de los terceros, sean o no hijos del causante, y a la vez el



futuro niño, una vez que nazca, puede disfrutar de derechos sucesorios”. (Rodríguez Guitián, Alma María; Op. cit. pág. 9)

Se dejaban cubiertas así todas las posibilidades a fin de otorgarle al niño todos los derechos que le corresponden, tanto los filiatorios como los sucesorios, como así también los del difunto, quien debería haber dejado consentimiento expreso, no siendo suficiente para el articulado el consentimiento presunto.

Sin embargo, la regulación propuesta establecía ciertas limitaciones, y no todas las combinaciones posibles dentro de la pluralidad de confirmaciones familiares, estaban previstas.

Supongamos por vía de hipótesis que se hubiere aprobado el artículo 563 del Anteproyecto transcrito más 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 gametos (sean extraídos en vida o post mortem).

En definitiva, la regulación de la FPM mencionada resultaba restrictiva ya que sólo la permitía ante la existencia de embriones in vitro.

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

## VII.- La doctrina frente a la FPM.

*a) Entre algunos de los argumentos doctrinarios a favor de la FPM, -a los que adhiero- se resalta la voluntad procreacional y el respeto por el proyecto parental, la importancia del consentimiento, el principio de realidad y la necesidad de regular otros aspectos de la práctica como los hereditarios y filiatorios, la seguridad jurídica, entre otros.*







Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

*El principio de realidad* o lo que es lo mismo, la necesidad de regular este tipo de TRHA, porque es una situación que se puede dar (y de hecho como muestra la jurisprudencia se ha dado como veremos más adelante) y merece una regulación para garantizar los derechos de todas las partes involucradas y asegurar un piso mínimo. De la Torre y Uman cuando sostienen que el avance de las TRHA y, dentro de ella de la fertilización post mortem, ponen de manifiesto la inminente necesidad de reformar nuestra legislación vigente para responder a las nuevas problemáticas que acompañan estos avances científicos e intentar salvar los innumerables conflictos de derechos que pueden surgir como consecuencia de su creciente uso. (De la Torre, Natalia y Uman, Nadia, Fecundación post mórtem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad, en RDF 2012 III-122)

Gil Domínguez advierte “(...) y esto es vital para todos los operadores del sistema judicial- que al no existir ninguna regulación específica, la aplicación e interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional, posibilita todas las clases de FPM sin restricción alguna. La norma constitucional habilita la FPM respecto de: a) parejas heterosexuales donde fallece el hombre; b) parejas heterosexuales donde fallece la mujer; c) parejas de la diversidad compuestas por mujeres donde fallece una de ellas y d) parejas de la diversidad compuestas por hombres donde fallece uno de ellos” (Gil Domínguez, Andrés; “Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida, ob cit)

*Voluntad procreacional:* Otro argumento que suelen utilizar aquellos que se encuentran a favor de la FPM, es la necesidad de respetar la voluntad procreacional del causante. Es importante destacar que este es el elemento fundante de las TRHA y la causa fuente en la determinación de la filiación, por lo que los argumentos en este sentido se corresponden en su totalidad con el espíritu del



CCyC. A su vez, constituye el único elemento capaz de respetar los derechos personalísimos del causante, por lo que merece especial consideración cuando se trata de proseguir con el proyecto parental después del deceso de uno de los integrantes de la pareja. De allí que el proyecto de CCyC preveía que éste estuviese documentado con ciertas formalidades y que específicamente contuviese la posibilidad de proseguir con el plan en caso de fallecimiento.

Así Krasnow, considera que: “... sólo nacerá el vínculo filial si el causante en vida manifestara su voluntad de que los embriones fecundados con sus gametos sean transferidos a su pareja después de su muerte” (Krasnow, Adriana, La filiación en el hoy y en el mañana) en RDF 56-155-2012), o lo que es lo mismo art 563 proyectado, la norma tiene claramente por objeto la preservación de la voluntad del cónyuge o conviviente fallecido. (Krasnow, Adriana La filiación ya sus fuentes en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercia de la Nación, en L.L DFyP, 07710713 p 18)

Herrera y Lamm sostienen que: “no se debe perder de vista que la amplitud con la cual el art 14 bis de la CN alude a la protección integral de la familia no se duda que involucra a la familia monoparental. ... Es mejor, a priori y en abstracto, que un niño no nazca cuando una persona prestó su consentimiento informado y libre (voluntad procreacional) y al tiempo fallece? (Herrera, Marisa y Lammm; Eleonora , Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil. TRHA. Segunda Parte en MJ-DOC-5752-AR, MJD5752, 2012)

*Interés Superior del Niño:* La solución proyectada buscaba conjugar el interés superior del niño habido de tal fecundación, el reconocimiento de su derecho a la identidad y el respeto de la voluntad procreacional del cónyuge o conviviente frente a los intereses -en general económicos- que pudieren movilizar a los sucesores del causante (Famá, María V, Acceso a la Filiación en





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

España a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en Supl J.A 30-1-2013, p 3. J.A 2013 I)

Ciruzzi, combinado dos argumentos establece que: en cuanto a la filiación post mortem, creemos que la implantación de los gametos del fallecido solo debería ser aceptada, en caso que él mismo hubiera dejado manifestada su voluntad expresa en tal sentido y tal medida respondiera al mejor interés del niño. (Ciruzzi, María S., Las técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil: un enfoque bioético en MJ-DOC-5923-AR, MJD5923, 2012)

*Derecho sucesorio:* Otro argumento detectado entre los doctrinarios que se posicionan a favor de la FPM es el de salvaguardar la *vocación hereditaria del niño nacido a través de FPM*. Los derechos patrimoniales, tanto del niño que pudiese nacer de las FPM como de los herederos existentes al momento del deceso del difunto, también son relevantes a la hora de considerar la admisión o no de la FPM.

En este sentido, Lloveras y Orlandi comentan que “la vocación hereditaria del hijo post mortem en las condiciones señaladas en el Proyecto, se basa en la personalidad del hijo en cuestión, porque no es justo privarlo de sus derechos hereditarios, discriminándolo en el conjunto de los hijos del mismo padre. La propuesta del Proyecto se ubica en una tesitura de justicia impuesta por una realidad innegable y que respeta el principio constitucional de igualdad”.(Lloveras, Nora y Orlandi, Olga E.; “La sucesión intestada en el Anteproyecto de Código Civil”, SJA 2012/08/15-63; JA 2012-III-1375, Abeledo Perrot).

### *b) Algunos argumentos en contra de la práctica:*

*El argumento por antonomasia en contra de la FPM es que ésta genera niños huérfanos.* Morea considera que “se crea un niño programado huérfano de antemano, imponiéndole un padre de



ultratumba, lo cual constituye una aplicación desviada de la finalidad propia de estas técnicas y además tiende a satisfacer un deseo egoísta del hombre que se quiere perpetuar, o de la mujer que quiere revivir la imagen del marido o compañero desaparecido, en perjuicio del interés del niño. En definitiva, la fecundación post mortem conculca de antemano el derecho a la bioparentalidad del niño”. (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”, LL DJ28/11/2012, 95).

Mientras tanto, Berbere Delgado sentencia que “la FPM conlleva ‘en principio a una orfandad congénita’ incluso ‘a una innecesaria situación de orfandad parental forzada por manipulaciones científicas” (Berbere Delgado, Jorge Carlos; “Fecundación post mortem. ¿Hacia una forzada orfandad parental?”, LL DFyP 2012 (octubre), 01/10/2012, 65) y Laferriere finaliza esgrimiendo que “nuevamente en este caso, se vuelve a adoptar la opción que mayor vulneración produce en los derechos del niño. En efecto, se permite engendrar un hijo deliberadamente privado de su padre”. (Laferriere, Jorge N.; “Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil”, El Dial DC18C8, 2012).

También es posible encontrar autores que están parcialmente en contra, es decir, que como regla general están en contra de la autorización de la FPM aunque no obstante la aceptan parcialmente en caso de tratarse de embriones ya generados por considerarlos persona.... . Entre ellos se encuentran Ferrer, Córdoba, Valdez Díaz, Zabaleta, Sambrizzi, Pucheta, Terrón y Galli Fiant.

Hay autores que consideran que la FPM *atenta contra los derechos del niño* (entre ellos el derecho a la identidad) y *el interés superior del niño*. Así, Sambrizzi considera que “en la fertilización posterior al fallecimiento, se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado, agrediendo de tal manera su





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

superior interés” (Sambrizzi, Eduardo A.; “Apuntes varios sobre el derecho de familia en el Anteproyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio”, MJ-DOC-5764-AR | MJD5764, 2012). (Técnicas de Reproducción Humana Asistida Tomo II. Ob Citp 143 y ss)

Como ya adelanté, adhiero a la primera postura, toda vez que, muchos niños y niñas nacen por fuera del vínculo conyugal y que este ha dejado de ser la única forma de organización familiar. En este orden es que con el transcurso del tiempo han ido visibilizándose otras realidades familiares aquellas que se asientan en *convivencias de pareja heterosexuales, las familias monoparentales*, (Grosman, Cecilia P. (directora) y Herrera, Marisa (compiladora), Familia monoparental, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 237 y ss.) y *familias homoparentales* (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, "Adopción y orientación sexual. El sexo de los progenitores y la regla del doble vínculo filial", LA LEY 2013-B, 596; LÓPEZ FAURA, Norma V., "El acceso a la filiación adoptiva en las actuales configuraciones familiares según la reforma del Código Civil", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia N° 58, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 121; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY 2010-E, 977; LLOVERAS, Nora; MIGNON, María Belén, "La ley 26.618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil", SJA 17/8/2011; KRASNOW, Adriana N., "La filiación en el hoy y en el mañana", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs.As., 56-155, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/2776/2012; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Comaternidad y copaternidad igualitaria", LA LEY 2012-B , 1251. HERRERA,



Marisa, Adopción y ¿homo-parentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda", Abeledo Perrot, SJA 22/9/2010 en Vigo, Fiorella, El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. RDF: 2016-IV, 08/08/2016, 187).

Por este motivo, resulta preciso y primordial dejar sentado que aquí no se trata de traer al mundo niños/as huérfanos, sino de niños que nacerán sin un doble vínculo filial, pero que en este caso van a tener una madre. Como ya se ha mencionado en el resonadísimo caso "Fornerón" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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 ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas"(Corte IDH, caso "Fornerón e hija v. Argentina", fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27/4/2012, serie C, n. 242, párr. 99.)

Como síntesis de esta realidad jurídica, se ha expresado con acierto que: "La pluralidad de formas de constitución de familia representa una gran ruptura con el modelo único de familia, instituido por el casamiento. Aceptar otras formas de relaciones merecen igualmente, protección jurídica reconociendo el principio de pluralismo y de libertad que ve personificar la sociedad posmoderna" (CRESPO BRAUNER, María Claudia, "O pluralismo no Directo de Familia brasileiro: realidade social e reinvencao da familia", WELTER, Belmiro Pedro y MADALENO, Rolf Hanssen -coordinadores-, Direitos Fundamentais do Direito de Familia, Livraria do Adrogado, Porto Alegre, 2004, p. 259 y ss), familias ensambladas ( Confr. NOTRICA, Federico; MELON, Pablo E., "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas",





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 72, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 171; ALESI, Martín B., Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada), Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 197, LA LEY 20/05/2015; HERRERA, Marisa, La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 66, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p.75 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, LA LEY 2014-E, 1267; BRUNEL, Tamara F., "Familias ensambladas: ¿un fenómeno social que anhela ser reconocido por el derecho argentino?", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 59, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p.183 y ss.; GROSMAN, Cecilia P., "Relaciones de hecho en las familias ensambladas", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 46, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 73).

Es por esta razón que, fácil puede advertirse que de ninguna manera podría afirmarse que al permitirse que un niño o niña nazca con un único vínculo filial se estaría atentando contra sus derechos.

### VIII.- Precedentes jurisprudenciales nacionales.

La variedad de hechos y matices motivantes del pleito y la diversidad de resultados arribados en los casos que han llegado a la justicia, evidencian la importancia y necesidad de contarse con reglas jurídicas claras.

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 se trataba de 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. ("Autorizan la extracción de semen de un hombre fallecido. Para que haya vida tras la muerte" Página 12, en <http://www.pagina12.com.ar/1999/99-11/99-11-03/pag21.htm>)

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 N° 3, en los autos caratulados: "G.A.P. s/ autorización (Revista de Derecho de Familia n° III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 119), con motivo de una acción declarativa de certeza iniciada por una mujer que pretendía solicitando "se declare que no existe impedimento alguno para que se le efectúe el implante del material genético criopreservado" y poder seguir así adelante con un tratamiento de fertilización iniciado con su marido (en junio de 2010) utilizando los gametos masculinos crioconservadas de éste luego de su prematura muerte (13 de marzo de 2011) 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 interviniente hizo lugar a la acción declarativa de certeza- en plena vigencia del Código Civil de Vélez- y autorizó la utilización del semen criopreservado, con fundamento -entre otros- en el principio de legalidad y reserva -art. 19, Constitución Nacional (CN), como el 25 de la Carta Magna provincial- que consagran el principio de que todo







Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

lo que no está prohibido, está permitido; ello al no existir ninguna norma en forma expresa que regule la fecundación post mortem.

La jueza interviniente consideró que “la solicitante tiene derecho a procrear y... que lo podría hacer a través de una fertilización heteróloga con el semen de un donante conocido o anónimo, como ocurre actualmente en el mundo y en el país, sin necesidad de intervención judicial” pero que entiende que lo que la actora desea es completar el proyecto de familia que construyera con su marido de “...tener un hijo ya nombrado por ambos...un hijo producto del amor, buscado con amor” (cons. VII). Por tal motivo, la jueza considera que es posible acudir a la “figura del consentimiento presunto” no solamente porque entendió que el Sr. L. prestó su “consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia hasta obtener el material genético... que “estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo sino que sus padres y hermana, entrevistados en el Tribunal confirman que ‘...el deseo de J L era de ser padre...que con el nacimiento se concretaría el sueño del matrimonio G-L’” (cons. VIII)

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” (Rubinzal Culzoni bajo referencia RC J 6303/14). 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. No suficiente con ello, pese a que reconocieron que no había voluntad procreacional expresa otorgada por parte del difunto (uno de los argumentos utilizados por la jueza de primera instancia para desestimar el requerimiento) aclararon que “es imposible que se hubiera otorgado el consentimiento informado al efecto de la fecundación post mortem toda vez que la muerte lo sorprendió en plena juventud y como consecuencia de un accidente laboral” (cons. II) y agregaron que “de todos modos, la cuestión es irrelevante (...) en tanto esta Cámara toma como elementos dirimientes para restar de toda eficacia a dicha falta de consentimiento [el hecho de que] no existen derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible” (cons. II), por lo que “no parece jurídicamente acertado” concentrarse en ese punto en tanto “respecto del Sr. D., ya fallecido no puede invocarse derecho alguno vulnerado por cuanto ya no es persona sujeto de derechos” (cons. II).

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 más precisamente ante el Juzgado Civil nro. 3, en autos: “K. J. V. c. Instituto de





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo”, (Jurisprudencia Argentina bajo referencia AR/JUR/53958/2014) 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 expresó: “... 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).-

El quinto fallo corresponde al Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, “A., C. V. c/ Instituto de Seguridad Social - Sempre s/Amparo” (SEMPREs/Amparo”(<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/02/FA.PCIAL.-JUZ.-1RA-INST.-CIV.-COM.-LAB.-Y-MINER%C3%8DA-N%C2%BA4.-SANTA-ROSA-LA-PAMPA.-Fertilizaci%C3%B3n-post-mortem.pdf>) donde la actora reclamaba el derecho a implantarse los 6 embriones criopreservados que tenía con semen de su pareja y óvulos de donante anónimo a la



vez que solicitaba que el Instituto de Seguridad Social (SEMPRE) sea condenado a otorgarle “la prestación total e integral, necesaria y gratuita de la práctica de fertilización asistida post mortem y se autorice su realización en el centro asistencial PROCREARTE de la ciudad de Buenos Aires”.

Se trataba de una pareja que había estado junta desde enero de 2010, hasta que él falleció, en octubre de 2014 y que ante la imposibilidad de concebir naturalmente habían recurrido a TRHA donde les habían recomendado recurrir a la ovodonación dadas las características del caso. Meses después del deceso, el 9 de febrero de 2015, la demandante solicitó al SEMPRE la cobertura médica de fertilización asistida post mortem. Sin embargo, mientras ella reclamaba el acceso a y la implantación de los embriones, la obra social argumentaba que, en tanto el marido había fallecido, no había consentimiento para transferir a la mujer el material genético. A su vez, puntualizaron la petición de la actora no está regulada en la ley 26.862 y que, de darse la posibilidad, se estaría violando además el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, privándolo de conocer a su padre, la vez que privando a éste de ejercer “los derechos y deberes provenientes de la responsabilidad parental”.

El fallo aquí presentado es el primero en el que en vez de haber gametos o haberse recurrido a una extracción compulsiva hay embriones. Es decir, el único que hubiese cumplido con parte de los requerimientos del art. 563 proyectado.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 3, Santa Rosa, La Pampa, 26/10/2016. (inédito)

Ante la sentencia anterior la parte demanda interpuso recurso de apelación alegando falta de razonabilidad, legalidad y coherencia con la cual la Sra. Juez a quo había hecho lugar a la





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

demanda interpuesta por la actora. Por su parte, la Cámara, con un voto disidente, confirmó la sentencia de primera instancia.

El Juez Salas, cuyo voto es acompañado por la Jueza García de Olmos, con base al art. 19 CN y el entendimiento del embrión como una situación especial diferenciada, consideró que “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”. Para este juez “la transferencia post mortem de embriones no merece mayores reparos”.

En este sentido, reflexiona que los embriones criopreservados “son, en rigor, aquellos para los que en verdad hubo suficiente, relevante y temporánea voluntad, libremente manifestada (...) [en el marco] de las relaciones humanas básicas voluntarias” y que 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”.

En contraposición, la jueza Albores comienza su disidencia sentenciando que: “el motivo medular del rechazo de la cobertura por parte de la Obra Social fue la ausencia del consentimiento informado (...) que impide conformar la voluntad procreacional actual y además genera duda si el mismo hubiera querido mantener o revocar el consentimiento oportunamente prestado”. A su vez, insiste en que los arts. 59 y 561 del CCyC ya han establecido “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”...

Por ende, para la jueza “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”. Por tales motivos, considera que “corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de amparo interpuesto por la actora”.

En esta oportunidad, la mayoría también se encuentra en la línea con la consideración del embrión como persona humana, por lo que advierte que el caso sería más fácil (o “no merece mayor reparo”), en contraposición a un supuesto dilema ético que podría surgir si, en realidad, se tratase de la creación de embriones después del fallecimiento donde si cabría tener mayor certeza sobre la voluntad del difunto (cuestión en la que no reparan cuando se trata de embriones).

Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, sala A, 31/10/2017 (DFyP 2018 (septiembre))

El caso fue apelado ante el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, el que sostuvo que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida se funda en la dignidad, libertad e igualdad de toda persona humana; que la ley 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud, en el marco de una sociedad que evoluciona aceptando la diferencia y la diversidad cultural, volviéndose más democrática y justa.

Agrega que la interpretación de la Ley 26.862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad o





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

maternidad, y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud; y que la falta del consentimiento renovado de la pareja fallecida de la actora para la implantación de los embriones crioconservados sobrantes no puede interpretarse como una negación del derecho de esta a realizarse el tratamiento post mortem; cuando su conviviente falleció días después de haber consentido en forma informada la fecundación; pues lo contrario implicaría realizar una inadecuada hermenéutica, haciendo prevalecer un vacío para denegar un derecho de índole esencial de primera generación.

En otro de los casos la Sra. Jueza subrogante 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.

Aquí los hechos parten de la base de la extracción compulsiva de semen y de la voluntad presunta del marido fallecido, por el hecho de encontrarse la pareja en tratamientos para llevar adelante las TRHA. A su vez, se aclara expresamente que no se debatirán los derechos filiales del niño que pudiera nacer. ([Juzgado citado causa: “N. O. C. P. s/ autorización”, del 05/05/2016, LA LEY 11/07/2016 , 6 con nota de Eduardo 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\).](#))

En este fallo dictado el 5 de mayo de 2016, se señaló 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, aún 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.



La jueza subrogante apeló al art. 19 CN y a la conceptualización de salud reproductiva. A su vez, destaca que de la prueba testimonial ofrecida se concluye que previo al accidente las partes habían hecho consultas y estaban por iniciar un proceso de TRHA "tomando unos efervescentes y pastillas las que había terminado justo la semana del accidente y que tenía que hacerse un estudio de sus espermias" (cons. VI), que tanto la hermana y como los padres del fallecido aseguran que el premuerto quería ser padre, y que el difunto tenía turno médico para realizarse estudios relativos a las TRHA al día siguiente del accidente. Así determinó que "a la luz de la Constitución Nacional y legislación interna, la fecundación post mortem no es una técnica prohibida y [que] con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el Sr. P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida" (cons. VII)

Juzgado de Distrito de Familia, Casilda Santa Fe "C., M. S. s. Autorización judicial", 25/11/201 (Rubinzal Culzoni bajo referencia: RC J 7087/16).

El último fallo versa sobre una pareja conformada en 2009 que convivía desde el 2011 y que había intentado en varias oportunidades consumar su deseo de ser padres a través de TRHA. En medio de este proceso, al hombre le diagnostican cáncer y fallece. La supérstite, informando que quedan cuatro embriones criopreservados "solicita que la autorización conferida sea considerada consentimiento informado en los términos del art. 563 CCyC y, por lo tanto, exteriorización de la voluntad procreacional, ordenándose oportunamente la inscripción del niño nacido como hijo de la solicitante y L. H. P."

En el fallo se destaca que la pareja no tenía descendientes "y que la única heredera legítima y forzosa de L. es su madre, R. L. C., quien no solo ha acompañado a la peticionante todo este tiempo,







Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

sino que también es testigo del proyecto de vida y sueños en común de ella y el hijo". A su vez, la actora expresa que "existió un consentimiento informado previa realización de la misma [en relación a las TRHA] no revocado, existió una conducta del progenitor que evidenció voluntad procreacional y por lo tanto corresponderá oportunamente su inscripción como su hijo" (pág. 3).

Por su parte, el juzgado apela a que ni en el CCyC ni en la ley de TRHA ni en su decreto reglamentario se prohíbe la FPM, aunque "ninguno contempla expresamente el supuesto".

La magistrada determinó que "en el caso, numerosos fundamentos la persuaden de la actualidad y vigencia de la voluntad prestada por el paciente al momento de su fallecimiento, en orden a continuar con éxito la implantación en el útero de su compañera. Concluyó que "con una mirada constitucional y convencional y haciendo una interpretación integral, pero sobre todo sobre el principio de realidad ya referido, considero precedente declarar vigente y actual el consentimiento prestado por L. H. P. para la implantación de embriones criopreservados a la actora, M. S. C., autorizando a la nombrada a tales fines" (pág. 8), resolviendo así "otorgar autorización judicial a M. S. C., para continuar con el tratamiento de fertilidad asistida, mediante la transferencia de embriones criopreservados (...), [d]eclarar vigente y actual el consentimiento informado suscripto por esta y su pareja pre-muerta L. H. P., DNI..., debiéndose tener este por renovado en los términos previstos por arts. 561 y ss. del CCyC" y "no hacer lugar al pedido de oportuna inscripción del hijo por tratarse de un hecho incierto, en los términos que expresan los considerandos".

Como corolario, se observa que todas las resoluciones judiciales tienen algunos puntos en común, por ejemplo, entre ellos podemos enumerar: a) la autorización de la utilización de gametos y/o embriones aunque se carezca de la voluntad procreacional expresa de



continuar con el proyecto parental aún después de la muerte, por lo que los argumentos se basan en la voluntad presunta del fallecido; b) la ley de acceso integral 26.862 como fundamento jurídico, destacándose que ella no formula ninguna mención ni distinción en relación con las prácticas de fertilización post mortem ni con el origen de los gametos y/o embriones no cabe más que autorizarlo. A su vez, citan el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, el adagio mencionado en las primeras líneas que dice que "lo que no está prohibido está permitido"; c) el otorgamiento de cobertura total del tratamiento por parte de las prepagas y obras sociales demandadas; d) el silencio sobre los potenciales efectos filiatorios, aunque no niegan la posibilidad. Sobre la vocación hereditaria sólo el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza se pronuncia expresamente, y ratificando que "si bien la determinación de la filiación de un eventual hijo concebido por este método no podría negarse, el niño futuro no alcanzaría nunca a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiere al momento de la muerte del causante, y en el caso resulta obvio que el niño no había sido concebido a esa época, ni lo está en la actualidad habiendo transcurrido más de un año y medio desde su fallecimiento"; d) la cita al precedente de vital importancia en la temática de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo c. Costa Rica" (CIDH, "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c. Costa Rica", 28/11/2012, LA LEY 2013-A, 160. (ver, entre otros KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, LAMM, Eleonora y Herrera, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY 2013-A, p. 907; MONJO, Sebastián, "La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", de 28/11/2012", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (marzo), La Ley, 2013, p. 223, entre otros). Algunos de





Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

los fallos, para aclarar el comienzo de la persona humana (por ejemplo: La Pampa y Mendoza), y otros para establecer que la decisión de recurrir a las TRHA forma parte de la vida privada y del ejercicio de los derechos reproductivos (Juzgado Civil nro. 3 y nro. 87 y Cámara Nacional Civil). En el caso del fallo del Tribunal de Familia de Morón al ser anterior al precedente de la CIDH lógicamente no se encuentra en ninguno de estos dos argumentos esgrimidos. (Técnicas de Reproducción Humana Asistida Tomo II. Ob Cit p 225 y ss).

**VIII.-** Requisitos elementales para la procedencia de la FPM.

Tanto la doctrina -argentina y comparada- como la jurisprudencia reseñada que hicieron lugar a la TRHA aquí requerida, han señalado los requisitos elementales para autorizar la fecundación post mortem, los 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 *plazo*.

Mediante la res. 561/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud (Publicada en el Boletín Oficial 3/4/2014) se aprueba el Modelo de Consentimiento Informado Bilateral que deberá ser utilizado obligatoriamente por todos los prestadores, efectores y profesionales médicos que participan en los subsistemas de Empresas de Medicina Prepaga y Obras Sociales, en los casos establecidos en el art. 7º de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y su dec. regl. 1089/2012, que garantizan a toda persona el derecho al consentimiento informado en toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario. El mencionado art 7 establece: “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 - que regula los “Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado”-, 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 consagra -entre otros derechos- el derecho de la autonomía de la voluntad de los pacientes (art. 2) y dispone: “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 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 y consagra también la revocabilidad de la decisión del paciente en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos (art. 10)”. Sin dudas esta ley especial, anterior al CCyC, en la materia debe tenerse en cuenta a la hora de entender los fundamentos y alcances del consentimiento.

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





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 7

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).

Asimismo, el Código Civil y Comercial regula en el Título V “La Filiación” y en el Capítulo Segundo establece las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, a las que reconoce como un tercer tipo filial, conducida por el principio de la voluntad procreacional; en consonancia con ello, regula las reglas, principios y situaciones propias de esta nueva causa fuente filial” (en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Directores), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo II, pág. 278). El requisito del art. 560 es uno de esos requisitos ineludibles, o más bien “la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional” (Código Civil y Comercial comentado, cit. pág. 279)

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, 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.

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 que 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; “...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.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 7

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).

Veamos si en este caso se cumplió con el consentimiento informado:

De la transcripción de las cláusulas del instrumento obrante a fojas 37/38 bajo el nombre “Criopreservación de semen”, -formulario de adhesión emitido por el Instituto “Pregna”, suscripto por el Sr. Miguel Torres y aportado por la actora- no hay nada que indique la existencia de un consentimiento informado expreso siquiera para realizar una TRHA en general, menos aún para recurrir a una FPM, utilizando su material genético criopresevado. (En igual sentido lo señala el Sr. Fiscal en el dictamen que obra a fojas 40/3 al que me remito por razones de brevedad).

Por ello, autorizar la fertilización con dicho material, afectaría a todas luces, los derechos personalísimos del difunto, entendidos como aquellos que están íntimamente ligados con la persona y que son, por naturaleza, inherentes a ella y su dignidad a la vez que intrasmisibles. Por ende, las decisiones al respecto de ellos, no pueden ser tomadas sin la opinión ni actuación de su titular.

El requisito del art. 560, insisto, es uno de esos requisitos ineludibles, o más bien “la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional”. (Código Civil y Comercial comentado, ob. cit. pág. 279).

Si bien, desde ya, la suscripta tiene una mirada amplia frente a pretensiones como la que aquí se examina (art. 19 CN) porque no soslayo que la ley 26.862 tuvo por finalidad ampliar derechos, “en el marco de una sociedad que evoluciona aceptando la diferencia, la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa” (ver mensaje que acompaña al dec



956/2013), y aunque dejo asentado que soy consciente de que la regulación inicial del art. 563 fue modificado excluyendo la utilización de gametos para permitir, únicamente, la utilización de embriones, es tan solo una posibilidad, pero no es aún derecho objetivo, motivo por el cual la práctica de la FPM no está prohibida en la legislación argentina.

En la especie, sin embargo, lo cierto es que no coincido con algunos de argumentos en los que se basaron los fallos reseñados precedentemente. Por ejemplo, cuando acuden al uso de la figura *del consentimiento presunto* para otorgar autorización para el uso de las gametas masculinas del marido fallecido ya que considero, afectaría los derechos personalísimos del causante, supliendo dicha voluntad expresa, mediante el deseo expresado por parte de la familia del difunto y la aquí peticionante (ver las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 47 y 49 ); u otros argumentos como *la no oposición de los parientes y la cesión de derechos hereditarios*, sin reconocer pese al vacío legal, la vital importancia que tiene la voluntad procreacional como nueva generadora de vínculos filiales. (A tal efecto se ofreció el Expte. -venido ad effectum videndi- “Torres Miguel Leoncio s/Sucesión” ver fs .52 y 60 de los presentes autos)

Por ello, es evidente a mi entender, que no existe argumento jurídico alguno que permita saltarse un requerimiento tan claro y preciso a la hora del uso de las TRHA que, según el CCyC establece que: “debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones” (art. 560).

Sumado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado que “el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humanos de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la







Poder Judicial de la Nación

## JUZGADO CIVIL 7

Convención Americana” cfr. Artavia de Murillo vs Costa Rica 28/11/12, cit).

Teniendo en cuenta el respeto a la libertad no se puede forzar a nadie a ser padre o madre (art 32 inc. 2º, 1º parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ni suponer que ha querido serlo, ni sus familiares pueden suplir su voluntad, porque la decisión en tal sentido, supone dos voluntades que se conjugan libremente (obsérvese que aún en la inseminación heteróloga el donante anónimo expresa su voluntad) y un consentimiento inequívoco y personalmente prestado, en razón del derecho personalísimo en juego.

Es que, del otro lado de la cuestión que aquí se plantea, nos encontramos con el ejercicio de los derechos personalísimos luego de fallecido su titular.

El tema de los derechos personalísimos, en general, como así el de su reconocimiento y adecuada protección guarda íntima conexión con aspectos fundamentales que hacen a la dignidad del hombre, a sus derechos primordiales, siendo importante que se le reconozca el carácter de derecho subjetivo.

Los derechos personalísimos constituyen una categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su propia condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión. En esta categoría quedan comprendidos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y también derechos al honor, a la identidad personal, a la intimidad como tutelares de la personalidad espiritual (Cifuentes, Santos, “Derechos personalísimos, pág. 227, Astrea, ed. 2005.). Ello en función de que tratándose de un derecho subjetivo cesa con el fallecimiento de su titular (Cifuentes Santos. Elementos de derecho civil, Parte General -2 edición-Buenos Aires, 1991).



Respecto del consentimiento informado para el acto médico, en conjunción con los derechos del paciente y el art 59 CCyC, se sobreentiende que, de conformidad con la regulación general sobre los derechos personalísimos (art. 55 y art. 279) ese consentimiento no podrá versar sobre actos contrarios a la ley (...) Y como todo acto de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56), no podrá ser suplido por un tercero. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable”, por ende, fácil se puede concluir que la regulación prevista en materia de trasplante de órganos es una excepción y como tal, debe estar prevista de manera precisa en la ley, lo que no acontece en el caso en estudio.

Rodríguez Guitián, sostiene: “... el uso del material genético del difunto, con fines de reproducción tras su muerte, requiere un consentimiento personalísimo al estar implicados el derecho de autodeterminación y la integridad física: en caso de que la persona haya fallecido ya, es cierto que ha desaparecido la personalidad jurídica y con ello los mencionados derechos. Pero esto no implica, en función de lo que fue la dignidad de la persona, una total libertad en cuanto a la disposición y destino de los restos de la persona. Es cierto que puede permitirse las donaciones de órganos de personas fallecidas con fines terapéuticos y de investigación a falta de oposición expresa en vida de aquellas, y siempre con respeto a la voluntad de los familiares, pero es difícil el encaje del problema que aquí se está planteando, con la figura de las donaciones de órganos. Primero porque no es indiscutible que el material genético pueda equipararse a cualquier otro órgano del cuerpo y porque es complicado considerar que el uso de tal material genético para la procreación del cónyuge o pareja constituya una donación (ya que en éste ámbito se caracteriza por ser anónimo)...Rodríguez Guitián, Alma M., “Reflecciones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem”, publicado en





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 7

[www.colectivoderecho](http://www.colectivoderecho.defamilia.com) de familia.com en Cám. Civil, Sala B D., M.H s/ autorización, Expte. 3263/2017, abril de 2018. Inédito)

Por ello, teniendo en cuenta los arts. 59 y 561 del CCyC que han establecido 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 y ante la necesidad de observar la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (arts. 2, 5 inc. b y 10), *resulta imposible concluir que hay consentimientos presuntos para después de la muerte.*

Por último, he de referirme, al argumento esgrimido por la actora en el punto 3) de la presentación de fojas 8/10, al señalar que correspondería otorgar la autorización para realizar la fecundación post mortem, en razón del derecho a la salud como bien jurídico social, entendido como un derecho humano de tercera generación, reconocido por la CN en la reforma del 1994 en distintos pactos y tratados internacionales.

Se colige que la actora, provee dicho argumento, para reclamar un aparente derecho a la concepción como parte del derecho a la autonomía reproductiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación. (Corte IDH en el caso "Artavia Murillo c. Costa Rica" (CIDH, "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c. Costa Rica", 28/11/2012 , cit)

“En primer lugar... La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones,



a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.”(145)

En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”... Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.” (146)

Ahora, si bien la interpretación de la Ley 26.862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad o maternidad, y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud y como parte del derecho a la autonomía reproductiva, parecería que dicha autonomía, - en el presente caso- no aplica en iguales términos y condiciones para el esposo fallecido. Ello sin contar que la peticionante, lo esgrime en términos absolutos, cuando bien es sabido que no existen derechos absolutos, que todos están sujetos a regulación, y que aquí los derechos defendidos por la





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 7

actora entran en coalición con los derechos personalísimos de una persona que ha fallecido.

En el caso en cuestión, no son los derechos reproductivos en general los que están en juego, sino específicamente aquellos que se vinculan con el uso del material genético criopreservado de una persona que no ha dado su consentimiento expreso para que su esposa, lo utilice luego de la muerte (aun pudiéndolo haber hecho).

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 de la suscripta, 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.

En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional, no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, ... y se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal. (HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", fecha: 12/4/ 2012, cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751)

No cabe duda alguna que las personas que desean someterse a este tipo de prácticas (en este caso FPM), ineludiblemente deberán manifestar su *voluntad procreacional expresa* ante el



profesional, para que la lleve adelante o no, aun después de la muerte. Esta manifestación de la voluntad, expresada en el ámbito de la relación médico paciente, es lo que se ha dado en llamar *consentimiento informado*, en este caso, para llevar adelante un plan parental por medio de una TRHA.

Insisto, no se puede presumir el consentimiento del Sr. Torres, quien en vida fuera el esposo de la actora, en virtud de que era un derecho subjetivo personalísimo del mismo, que feneció con su muerte. Por ello, he de denegar la autorización para el uso del material genético criopreservado en un procedimiento de fecundación asistida post mortem; por lo que no me expediré respecto a los potenciales efectos filiatorios y sobre la vocación hereditaria del niño/a futuro.

**IX.-** Por los fundamentos expuestos, doctrina, jurisprudencia y disposiciones legales citadas, **RESUELVO:** Denegar la autorización solicitada a fojas 8/10 por la Sra. Etelvina Cussi, por considerar que no se encuentra configurado en la especie, el consentimiento informado a los fines de proceder a la fertilización por técnicas de reproducción humana asistida (FPM), utilizando los gametos criopreservados de quien en vida fuera su esposo, Sr. Miguel Leoncio Torres, los que se encuentran almacenados en el Centro de Medicina Reproductiva Pregna. Notifíquese por Secretaría y a la Sra. Fiscal en su despacho.

