

Posadas, Misiones, 10 de septiembre de 2021.

**Y VISTOS:** Estos autos caratulados: “Expte. Nº 66920/2021 letrs P S/ Medida Autosatisfactiva” y

**CONSIDERANDO:** I) Que en fecha 03/06//2021 se presenta la Sra. N. C. P., con patrocinio letrado, e interpone Medida Autosatisfactiva para que se la autorice a continuar con el tratamiento de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad con la finalidad de tener un hijo utilizando los gametos criopreservados (espermatozoides congelados) del Sr. J. A. I. (h), quien fuera pareja de ésta y con quien mantuvo una unión convivencial desde el año 2006 hasta su fallecimiento el 02/03/2021. Solicita se ordene a la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL de la ciudad de Posadas que ponga a su disposición los gametos criopreservados del Sr. I. para que continúe con el tratamiento referido que fuera iniciado oportunamente con su pareja en vida. Manifiesta que autorizado el tratamiento nacerá un niño hijo del Sr. J.A.I. (h). Que en el año 2016 el Sr. I. recibe un diagnóstico de cáncer, enfermedad que continuó avanzando, por lo que inició quimioterapia y radioterapia, tratamientos que podrían dejarlo estéril por lo que el 21/02/2018 decide criopreservar muestras de sus espermatozoides en el laboratorio de la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL, muestras que fueron divididas en 3 frascos que representan 3 intentos de fecundación. Junto a la actora postergan el tratamiento de fertilidad en virtud de la pandemia por COVID-19.

En septiembre del 2020, la pareja P.-I. ratifica su intención de tener un hijo y firman ante un notario su consentimiento de realizar y avanzar con el tratamiento de fecundación in vitro con gametos de la propia pareja y así cumplir sus deseos de ser padres. En octubre del 2020 la actora inicia tratamiento de estimulación ovarica. En noviembre del 2020 fracasa el procedimiento de punción ovárica. En diciembre 2020 la pareja P.-I. firma un nuevo consentimiento ante escribanía, a los fines de realizar un nuevo tratamiento luego de la cirugía que le fuera programada al Sr. I. en enero del 2021.

El Sr. I. fallece con posterioridad a la cirugía y luego de estar 2 meses internado en el Hospital Italiano de Buenos Aires, el 02/03/2021. El Sr. I. conocía el riesgo de vida que corría con dicha cirugía e incluso así antes de viajar firmó con la actora un nuevo consentimiento para que se inicie el segundo intento para quedar embarazada. Que el Sr. I. anhelaba tener un hijo independientemente de su estado de salud y destino final. Que de ambos consentimientos informados firmados surge la voluntad procreacional de las partes, como así también del informe del Psicólogo L. N. quien ha tratado a la pareja.

Sigue diciendo que la actora ha congelado sus ovocitos satisfactoriamente y aguarda se haga lugar a la presente acción a fin de avanzar con el tratamiento de fertilización. Cita legislación y jurisprudencia. Solicita audiencia y adjunta documental.

Que en fecha 04/06/2021 se da trámite a la presente, y se corre vista al Fiscal quien se expide favorablemente sobre la competencia de la suscripta.

En fecha 25/06/2021 se fija audiencia con la actora y los Sres. M.G. I. y M. O., hermano y madre del fallecido, y se ordena librar oficio al Juzgado Civil y Comercial N° 8 a fin que tome conocimiento de la existencia de la presente causa y remita copia certificada de la declaratoria de herederos en "Expte N° 35492/2021 letra I.J. A. s/ sucesión".

En fecha 02/08/2021 se lleva adelante audiencia con la Sra. N.C.P. quien manifiesta: "estamos juntos hace 17 años y el recuerdo que me queda de él es el hecho de disfrutar de la vida, soy profesora de educación especial y él era músico, además del proyecto de la casa postergo el proyecto de ser papas en el 2016 nos enteramos de su diagnóstico, antes de empezar la quimioterapia ya sabía que puede causar infertilidad y él quería ser papá, él creía que iba a vivir, hizo todo para vivir y queríamos tener dos hijos, ya tengo las habitaciones para ellos, todo preparado para ellos, yo ahora lo haría sin él, él nunca habló conmigo de que pasaba si no estaba pero conmigo no hablaba pero él habló con mi suegra, yo en noviembre me hice el procedimiento y no funcionó, estando él en la última etapa del tratamiento, sabiendo que coincidían las fechas de su tratamiento con el mío él da su consentimiento sabiendo que no podría estar presente, él fallece el dos de marzo así que yo no fui porque él estaba ya muy mal, tenemos tres frascos que representan tres intentos, para una persona de mi edad, tenemos un 15 % de probabilidad, yo me siento segura con la decisión de hacerlo sola, lo iniciamos juntos y yo quiero continuar, tengo a mi familia y la familia de él, estoy contenida, los últimos meses fueron momentos difíciles y de sufrimiento pero yo me quiero aferrar a los momentos lindos, cuando él estuvo lo acompañé a él en su enfermedad que en su última etapa fue muy dolorosa y no hablamos del tema en ese momento, yo siento que él no me dijo nada porque no me quería presionar, pero una vez me dijo yo no puedo cambiar mi vida pero vos podés cambiar la tuya. estoy haciendo terapia con la licenciada L. F." .

Y la Sra. M. M. O. manifiesta: "cuando charlaba con mi hijo yo le decía porque no encargas mi hijo y me decía quería terminar la casa, él en una oportunidad me dice muy enojado no me preguntaron si tenía hijos yo voy a guardar mis espermas porque quiero tener hijos, eso ante la noticia de que debía hacerse quimio y rayos, después él empeoró y fuimos a Bs As con él me dijo: mamá yo quiero ser padre de cualquier manera, quiero acompañar a N. porque era el deseo de mi hijo, en enero fuimos y N. tenía turno para hacerse la inseminación y él le pidió que se quedara con él y allí viene el desenlace".

El Sr. M. G. I. manifiesta: "en mi caso particular, a pesar de la situación que pasó me dijo en varias oportunidades las ganas de ser padre independientemente de lo que pase con él por eso acompañamos la voluntad de N., y le damos el apoyo si quiere seguir, ella me manifestó que seguiría con el procedimiento, hablamos de sus bienes con mi hermano, él me pidió dejar la casa para N., cuando él presentaba la

gravedad de su enfermedad , nosotros estamos en permanente contacto con ella, la decisión es de ella, y nosotros le acompañaremos yo seré tío, nosotros estamos de acuerdo, y como fue voluntad de mi hermano. respecto a los bienes pertenecientes a mi hermano J. I., conforme su voluntad manifestada en vida, mi madre heredera forzosa ha cedido a su favor la casa donde ellos residían y el edificio ubicado en Avda. Centenario 3106 de Posadas."

Se ordena correr vista al Fiscal para que se expida y manifiesta que la presente medida autosatisfactiva resulta ajena al ámbito de su intervención, por lo cual se abstiene de emitir opinión.

En fecha 10/08/2021 pasan los autos a despacho para resolver, pero se advierte que no obra en autos constancias de haber agotado la via administrativa y que no se ha acreditado la negativa de la Clínica Crear Medicina Reproductiva S.R.L. a poner a disposición de la actora los gametos criopreservados del Sr. J. I. (h), en consecuencia, y a los fines de evitar ulteriores planteos de nulidad y de un correcto ordenamiento procesal, y en atención a los derechos en juego, salen los autos de despacho para resolver, y se intima a la actora a acreditar en autos la negativa de la Clínica Crear Medicina Reproductiva S.R.L. a poner a su disposición los gametos criopreservados del Sr. J. I. (h), a los fines de continuar con el tratamiento de TRHA de alta complejidad, por la que solicita la presente medida autosatisfactiva.

En fecha 02/09/2021 contesta la Clínica Crear Medicina Reproductiva S.R.L. quien manifiesta que a los fines de llevar adelante un tratamiento de TRHA de alta complejidad con gametos criopreservados es necesario contar con el consentimiento informado de quien ha realizado dicha criopreservación, en este caso el Sr. J. A. I.. Que ellos no se niegan a poner a disposición de la actora dichos gametos, pero para realizar el tratamiento de TRHA conforme art. 560 del CCCN, ley 26.862 y Resolución 616/2017 del Ministerio de Salud de la Nación es necesaria una orden judicial que supla el consentimiento del Sr. J. A. I. y deslinde de toda responsabilidad a la Clínica Crear Medicina Reproductiva S.R.L. y a los profesionales que la integran.

En fecha 06/09/2021 se agrega la contestación del oficio. Quedando los autos a despacho para Resolver.

II) Acreditada la legitimación en autos, siendo competente la suscripta en la materia y en razón del territorio, corresponde entrar en el análisis de la situación fáctica planteada conforme las pruebas adjuntadas a la causa, lo dispone el art. 1, 2 y 3 CCC, como también principios axiológicos de normas superiores, tratados de derechos humanos y fallos nacionales como de la Corte Interamericana.-

Que en el caso en estudio respecto a la medida peticionada, entiende la doctrina mayoritaria que consiste en un requerimiento "urgente" formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su

despacho favorable; no siendo entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. Así podemos concluir que las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes y autónomas, donde debe existir una fuerte probabilidad de que los requerimientos sean atendibles, siendo por lo tanto vía procesal útil e indonea para dar andamiaje a la presente petición.

Pasando al análisis fáctico de los hechos, la presente acción es iniciada por la recurrente quien solicita se la autorice a continuar con el tratamiento de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad con la finalidad de tener un hijo utilizando los gametos criopreservados (espermatozoides congelados) del Sr. J.A.I. (h), quien fuera pareja de ésta y con quien mantuvo una unión convivencial desde el año 2006 hasta su fallecimiento el 02/03/2021.

Así las cosas, corresponde abordar primeramente conceptos en relación al derecho y la bioética de la protección de la persona, su alianza permite el nacimiento del Bioderecho como disciplina transversal.

El Bioderecho es el área jurídica compuesta por los casos y soluciones producidos en el desarrollo de la técnica en la vida en general y, particularmente, en la vida humana.

Normativamente “Artículo 17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.” No es un dato menor vincular el artículo 17 con los artículos 51 y 52 de dicho cuerpo normativo que regulan sobre la inviolabilidad de la persona humana y su dignidad y además el “Artículo 19. comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.”

En la actualidad, con el avance de la tecnología y la ciencia, existe la opción de congelar gametos y embriones, creando la posibilidad de que, tras la muerte del marido o conviviente, la mujer solicite ser fecundada con ellos, para de esta manera continuar con el plan de parentalidad que tenían en conjunto. Estas técnicas de reproducción humana asistida post mortem despierta debates bioéticos respecto de si es adecuado que se abra la posibilidad a que un niño nazca deliberadamente en el marco de una familia monoparental.

Al respecto, específicamente el Código Civil y Comercial, nada dice pero su silencio no implica prohibición, y así ha sido resuelto en reiterados casos jurisprudenciales en los que se han obtenido sentencias favorables a dicha práctica con basamento en uno de los principios que surgen de nuestra Constitución Nacional el cual dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19).

Ahora bien, uno de los requisitos que impone la ley No 26862 que rige la materia, en su art. 7, es que quien desea someterse a estas TRHA debe prestar su consentimiento informado, el que debe ser renovada antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

El consentimiento, es un acto formal que constituye uno de los elementos trascendentales de la filiación por TRHA, mediante éste se produce la exteriorización de la voluntad. Para someterse a las TRHA la persona debe manifestar su consentimiento pleno, libre e informado ante el centro de salud que las va a llevar a cabo. Por lo que debe manifestarse sin vicio ni modalidad alguna, previa indicación del método que se utilizará y sus consecuencias, debiendo ser protocolizado ante escribano público o certificado por la autoridad sanitaria local.

Expresa el artículo 560 del CCyC que “el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

Del citado artículo se desprende que quienes se someten a estas técnicas aportando sus propios gametos tienen que prestar su consentimiento para establecer la filiación, y debe ser renovado cada vez que se produzca la utilización de gametos o embriones.

El fundamento de la renovación del consentimiento se encuentra en que el eje de la filiación por voluntad procreacional está situado justamente en la voluntad y no en la genética, por lo cual, si alguno de los que requieren la técnica no renuevan su consentimiento, el procedimiento no podrá continuar.

Se encuentra probado en autos que los Sres. P. e I. han prestado tres consentimientos informados para tratamiento de TRHA de alta complejidad con gametos de la propia pareja, en fechas 21/02/2018, 24/09/2020 y 30/12/2020, suscriptos ante notario. Como además, la recurrente en su libelo inicial y en audiencia ante SS, REITERA la voluntad firme de tener un hijo del Sr. I. utilizando sus gametos criopreservados, conforme ambos lo habían planificado y que la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL requiere una orden judicial a los fines de suplir el consentimiento informado que ya no podrá otorgar el Sr. I. atento su fallecimiento.

Habiendo el Sr. I. prestado su último consentimiento expreso ante notario en fecha 30/12/2020, sin haberlo revocado hasta la fecha de su fallecimiento en fecha 02/03/2021, sabiendo que padecía una enfermedad gravísima como el cáncer y que sería sometido a una intervención quirúrgica que suponía riesgo de muerte, pudiendo haber retirado dicho consentimiento, no lo hizo.

Es importante resaltar el informe suscripto por el psicólogo L. A. N., de fecha 01/06/2021, quien fuera el psicólogo tratante de la pareja P.- .I. refiere textualmente “...en las sesiones (presenciales y virtuales) realizadas entre el sábado 19 de

diciembre del 2020 y el martes 02 de febrero del 2021 me explicó su deseo de que N. pudiera procrear su hijo/a y me solicitó explícitamente que la acompañara en el proceso de fecundación, embarazo y nacimiento pues él sabía que ya no estaría.” Hasta aquí, de las probanzas arrojadas a la causa puedo presumir que el hoy fallecido mantuvo su consentimiento para continuar con el proyecto familiar, incluso en caso de fallecer.

Refuerza lo dicho los testimonios de los familiares del difunto, madre y hermano, quienes confirman el deseo que tenía el Sr. I. de ser padre y el plan parental que tenía con su pareja la Sra. P., quien según lo manifestado por la madre le expresó que deseaba que N. continué con el tratamiento si así lo quería. Narran además respecto de su casa habitación último domicilio de la pareja en el que construyeron un baño para niños, en base a su proyecto de vida, por todo ello entiendo que se encuentra acreditada la voluntad procreacional del fallecido, incluso después de muerto en base a los indicios y pruebas adjuntadas a la causa.

Lo deseable sería que no queden dudas respecto de la voluntad de las personas que se someten a estas técnicas, para no tener que acudir a la presunción del consentimiento como se da en este caso y otros casos firmes de jurisprudencia nacional. Pero, en la actualidad seguimos estando ante un vacío legal que se debe suplir.

Así se ha expresado la Jurisprudencia Nacional Argentina, en los Casos G s/ Autorización, de fecha 21/11/2011, Fallo Morón, Bs As, por la Juez Vilma Antolina Recoder. Fallo de la Cámara Civil y Comercial Minas de Paz y Tributario de Mendoza 07/08/2014, S. s/ Medida Autosatisfactiva. Otro fallo, K c/ Instituto de Ginecología s/ Amparo, de fecha 03/11/2014 Fdo Juez Eduardo Cecinini, Buenos Aires, Juzgado Civil No 7. Otro fallo, Buenos Aires, 5/02/2020 Expte No 14133/2018 CE s/ Autorización, Juzgado Civil No 7. Otro fallo, Juzgado No 76, de Buenos Aires, 30/12/2019, Expte No 12613/2018 EAN C/ p. s/ Amparo.

La ley que rige en la materia, la N° 26.862, no contempla expresamente el supuesto de la fecundación post mortem pero tampoco lo prohíbe. No obstante ello y en atención a los reparos que se pudieran hacer a la práctica pretendida en este caso con base en el art. 560 del Código Civil y Comercial creo necesario puntualizar que, conforme las pruebas producidas en autos no existen razones para dudar que la voluntad procreacional expresada por el Sr. J. A. I. (h) en vida, y sólo dos meses antes de fallecer mantuvo su voluntad de procrear, Máxime si prestó su consentimiento a sabiendas de su enfermedad, de la cirugía que debían practicarle y del riesgo de muerte que significaba dicha intervención. Tampoco puedo presumir que quien atravesó junto a su pareja el complejo proceso de una reproducción asistida, con las implicancias físicas y emocionales que ello conlleva, en pos de concretar un proyecto familiar común, lo hubiera revocado en tan breve lapso, llevando al vencimiento, los documentos mencionados, el informe psicológico, las testimoniales de la causa y la audiencia con la recurrente.

Conforme constancias de la causa, audiencia con la recurrente, los testimonios del hermano y madre del fallecido en las que consta la voluntad del Sr. J.A.I. (h) de ser padre, de someterse a tratamientos de TRHA, de continuar con ellos incluso a sabiendas de su enfermedad, y del riesgo de muerte que corría, concluyo que existió y se mantiene la voluntad procreacional del mismo y que debe autorizarse el uso de sus gametos criopreservados a los fines de continuar con las TRHA a los fines de la posible concepción de un hijo con la Sra. P., por lo que la FPM permite seguir adelante con el procedimiento de TRHA, y por lo tanto que un niño pueda nacer y que personas vean satisfecho su derecho a formar una familia continuando con su proyecto parental añorado.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Atala Riffo vs Chile” y en “Fornerón vs Argentina” reconoce que “en la convención americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma”, por ello, los argumentos jurídicos y jurisprudenciales, así resuelvo.-

III) Con relación a las costas corresponden sean impuestas a la peticionante conforme lo dispuesto en el art. 68 y siguientes del C.C.F.V.F., la naturaleza de la medida solicitada y la forma en que se resuelve.

IV) Atento lo normado por el art. 35 de la ley XII No4 corresponde regular los honorarios profesionales del Dr. I.M.G. por las labores realizadas en su carácter de letrado patrocinante de la actora y conforme las pautas establecidas por los arts. 13 y 67 de dicha norma, en la suma equivalente a 3 S.M.V.M. vigentes a la fecha, es decir, la suma de pesos ochenta y siete mil cuatrocientos ochenta (\$ 87.480,00), mas IVA si correspondiere al momento de su percepción.

Por todo ello, consideraciones expuestas, Art. 19 CN, art. 560 siguientes y concordantes del CCCN, ley N° 26862 y su decreto reglamentario, jurisprudencia Nacional e Internacional citada;

**RESUELVO: I)** Hacer lugar a lo peticionado por la actora, en consecuencia Autorizar a la Sra. N.C.P., D.N.I. N° xxxxx, a continuar con el tratamiento de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad utilizando los gametos criopreservados del Sr. J.OA.I. D.N.I. N° xxxxx, fallecido, que se encuentran en la clínica Crear Medicina Reproductiva S.R.L., a tales fines líbrese el oficio correspondiente.

**II)** Imponer las costas a la peticionante Sra. N.C.P..

**III)** Regular los honorarios profesionales del Dr. M.G.I., por su intervención en autos como patrocinante de la parte actora, en la suma de pesos ochenta y siete mil cuatrocientos ochenta (\$87.480,00), mas IVA si correspondiere al momento de su percepción, que equivalen a tres (3) salarios mínimos vitales y móviles, más IVA si correspondiere al momento de su percepción, por aplicación del art. 67 de la ley XII-

Nº4.

**IV)** Firme que quede la presente expídase testimonio y o copia certificada, previo pago de la tasa correspondiente.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.

**Dra. Lidia Graciela Mana  
Juez de Familia Nº1  
de la 1era. Instancia  
Circunscripción Judicial**