

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---



# UAI

**Universidad Abierta  
Interamericana**

## **Titulo Trabajo Final:**

**“Consentimiento post mortem en técnicas de reproducción humana asistida”**

**Alumna:** Micaela Quimey Salinas

**Tutora:** Dra. Liliana Moreda

**Teléfono:** 1566657044

**E-mail:** [micaelaqsalinas@hotmail.com](mailto:micaelaqsalinas@hotmail.com)

**Título al que aspira:** Abogada

**Carrea:** Abogacía – Sede Centro

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

A mis padres Yolanda y Jorge, mis pilares y quienes siempre

me apoyaron en todo orden de la vida.

A mi amor Matías, que juntos recorrimos y descubrimos

el camino de esta apasionante carrera.

A mi abuela, que desde el cielo me cuida.

A mis profesores que me enseñaron esta hermosa profesión.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

RE: SOLICITA RESERVA DE TEMA. TRABAJO FINAL.



Marilina.Miceli@UAI.edu.ar

Mar 5/11/2019 12:17

Para: Usted



tema registrado. Atte

**De:** Micaela Quimey Salinas [micaelaqsalinas@hotmail.com]

**Enviado el:** lunes, 04 de noviembre de 2019 07:14 p.m.

**Para:** Miceli, Marilina

**Asunto:** SOLICITA RESERVA DE TEMA. TRABAJO FINAL.

Estimada

Soy Micaela Quimey Salinas. DNI 40.396.605, alumna de la carrera de Abogacía. Sede Centro.

- Me comunico por la presente, para solicitarle reserva del tema del trabajo final. Ya que me encuentro en proceso de elaboración del mismo. El tema seleccionado es "**CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**". El tema a desarrollar versa en la renovación del consentimiento previo, libre e informado respecto de cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. Analizaré su revocación al no utilizarse los mismos. Y qué ocurre en los casos en que no se alcanza a la utilización del material genético y la persona fallece. También plantearé la problemática que aparea los artículos que lo contemplan y lo llevaré al Derecho Comparado. La metodología que se empleará, estará basada en la búsqueda de antecedentes jurisprudenciales, entrevistas y posibles alternativas en otros sistemas jurídicos.
- La profesora que me acompañará en este trabajo final es la Dra. Liliana Moreda.
- Sin otro particular.  
La saluda a usted muy atte.  
Micaela Quimey Salinas

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Re: TUTORIA TESIS

ⓘ Marca para seguimiento.



Miceli, Marilina

Mar 13/10/2020 09:06

Para: Usted



A la espera de la confirmación del Dr. Atte

Obtener [Outlook para Android](#)

---

**From:** Micaela Quimey Salinas <micaelaqsalinas@hotmail.com>

**Sent:** Tuesday, October 13, 2020 9:03:47 AM

**To:** Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>

**Subject:** TUTORIA TESIS

**ATENCIÓN:** Este email proviene de un origen externo a la institución. No ingrese a links y tampoco abra archivos adjuntos en el mismo, salvo que Ud. conozca a la persona que se lo envía y sepa que el contenido es seguro.

Estimada:

Por medio del presente, le comunico que el Dr. Bernardo Scilingo será quien firmará la aceptación y supervisión de tesis dado que la Dra. Moreda se vio imposibilitada de realizarla.

Sin otro particular, la saluda atte.

Micaela Quimey Salinas.

Sede Centro.

Carrera Abogacía.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

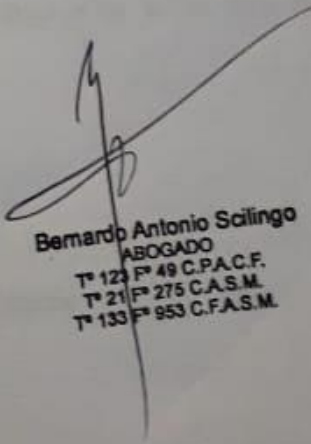
## NOTA DE ACEPTACION DE TUTOR

Buenos Aires, 31 de Octubre del 2019.-

Micaela Quimey Salinas:

Por medio de la presente, teniendo en cuenta la propuesta elaborada por Ud. Manifiesto que el tema a desarrollar en su trabajo final de carrera "Consentimiento post mortem en técnicas de reproducción humana asistida" resulta de pleno interés en mí, motivo por el cual acepto el cargo para cumplir con la tutoría que requiere.

Saludos, Atte.



Bernardo Antonio Scilingo  
ABOGADO  
T° 123 F° 49 C.P.A.C.F.  
T° 21 F° 275 C.A.S.M.  
T° 133 F° 953 C.F.A.S.M.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## INDICE

|                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| PROBLEMÁTICA.....                                                                             | 7  |
| JUSTIFICACION DE LA ELECCION DEL PROBLEMA .....                                               | 7  |
| AREA TEMÁTICA .....                                                                           | 8  |
| METODOLOGIA APLICADA .....                                                                    | 8  |
| OBJETIVO GENERAL .....                                                                        | 8  |
| OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....                                                                    | 8  |
| HIPOTESIS GENERAL .....                                                                       | 9  |
| HIPOTESIS ESPECÍFICA .....                                                                    | 9  |
| INTRODUCCION .....                                                                            | 10 |
| MARCO TEORICO .....                                                                           | 11 |
| ANÁLISIS .....                                                                                | 11 |
| DESARROLLO DEL PROBLEMA .....                                                                 | 26 |
| EL CONSENTIMIENTO POST MORTEM REGULADO EN OTROS PAISES .....                                  | 36 |
| Uruguay .....                                                                                 | 36 |
| España.....                                                                                   | 37 |
| Costa Rica.....                                                                               | 39 |
| Otros países donde en la actualidad se encuentra prohibida la fecundación<br>post mortem..... | 42 |
| CONCLUSION FINAL .....                                                                        | 46 |
| ANEXOS .....                                                                                  | 47 |
| BIBLIOGRAFIA .....                                                                            | 61 |
| NOTA SUPERVISION DE TESIS.....                                                                | 63 |

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

### NATURALEZA DEL PROYECTO

#### PROBLEMATICA

El presente trabajo final tiene por objeto analizar la fecundación post mortem. Tratando de determinar si el consentimiento, el cual es uno de los requisitos excluyentes junto con la voluntad procreacional, es suficiente para el procedimiento. Y si en el caso de que uno de los progenitores haya fallecido sin antes haberlo manifestado en un instrumento, es posible que sea autorizado vía judicial.

#### JUSTIFICACION DE LA ELECCION DEL PROBLEMA

El fundamento de la elección del tema se sustenta en la inquietud producida al momento de plantear el tema en las clases de Derecho de Familia, pudiendo notar que en este tema puntual existen lagunas, por ejemplo:

En caso de fallecimiento de alguno de los progenitores, se continúa con el procedimiento o ¿se debe suspender? Toda vez que en caso de continuar con el mismo (ya que esa era la voluntad de las partes), éste producirá distintos efectos, como ser; derechos filiatorios, derechos hereditarios, derechos de la salud, etc., y que esto también conllevaría a afectar a otros herederos, si existieren, ya que la porción de la masa hereditaria cambiaría.

Ante estas interrogantes y variables el presente trabajo de investigación intentará suplir estas lagunas o silencios jurídicos a fines de encontrar alguna solución/alternativa.

Y que, a medida que los tiempos se van readecuando y actualizando al ser un tema moderno se va profundizando.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## **AREA TEMATICA**

Derecho Civil y Derecho de la Salud.

## **METODOLOGIA APLICADA**

La metodología empleada será de tipo descriptiva ya que se analizará punto por punto a fines de desglosar ampliamente los mismos. También habrá elementos cualitativos dado que mencionaremos casos concretos de la actualidad.

La técnica de recolección de datos será a través de legislación, jurisprudencia y doctrina.

El campo de estudio será jurídico e integral.

## **OBJETIVO GENERAL**

Analizar el alcance del consentimiento previo, libre e informado en las técnicas de reproducción humana asistida luego de la muerte de unos de los progenitores.

## **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Investigar acerca de este consentimiento y su factibilidad en la Argentina actual a través del estudio de fallos.
- Averiguar acerca del tema en precedentes, anteproyectos, proyectos de ley a efectos de alcanzar una solución neutral a las distintas posturas.
- Realizar Derecho comparado en relación a otros países.
- Obtener una visión jurídica desde instituciones de la salud que realicen el procedimiento.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## **HIPOTESIS GENERAL**

Las técnicas de reproducción humana asistidas son técnicas novedosas e innovadoras ya que gracias al avance de la bioética y al estudio del cuerpo humano, a través de estas una familia que por cuestiones biológicas no pueden concebir un hijo, puede optar por este mecanismo para lograr ese fin. También es una opción para aquellas personas que desean conservar su material genético para ser utilizado para la postre. Pero qué sucede cuando un hecho ajeno a la voluntad de unos de los futuros progenitores se interpone en el tratamiento, y entiéndanse como hecho ajeno al deceso. La otra parte queda imposibilitada de continuar con el tratamiento ya que nuestra legislación establece que en cada etapa del procedimiento se debe renovar el consentimiento en forma expresa y por escrito.

Si nuestra legislación estipulara que el consentimiento sólo debe ser presentado al inicio de la TRHA, y que este inicio debe ser lo suficientemente abarcativo y explicativo sobre todos los procedimientos y cuestiones inherentes a la totalidad de las etapas del tratamiento, y estableciera un documento en donde ambos tratantes autoricen la continuidad del procedimiento en caso de fallecimiento o de la extracción de material genético en caso de ser necesario, según en qué etapa del procedimiento se encuentren, evitaría la injerencia judicial y que se mueva todo el aparato de justicia, la cual en definitiva, lo que va a hacer es determinar cuál era la voluntad del fallecido, voluntad que ya se encuentra plasmada en un documento al inicio del tratamiento el cual se lo toma como consentimiento tácito.

## **HIPOTESIS ESPECÍFICA**

En caso de fallecimiento de uno de los progenitores o solicitantes de TRHA ¿Se puede tomar como tácito el consentimiento si se comprueba su intención de llevar a cabo el tratamiento?

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## INTRODUCCION

Nos encontramos atravesando tiempos modernos, los cuales han auxiliado a que nuestra legislación y generación se actualizara de diversas formas.

Entre ellos que la familia tradicional ya no es la misma, cambio que contribuyó a que parejas del mismo sexo o una persona sola también formen parte de la familia tradicional actual. Incluyendo a aquellas parejas de distinto sexo que posean alguna causa de infertilidad también tengan a derecho a formar su propia familia. Gracias a que la bioética, la medicina reproductiva, el derecho de salud y el derecho civil se han puesto de acuerdo en regular una técnica de reproducción humana que sea asistida para poder garantizar un resultado exitoso a aquellas personas que no podrían lograrlo sin este factor.

Es por esto que ante tanta demanda nuestra ley civil se actualizó en el año 2015 y contemplo estas técnicas en su libro segundo, titulo sexto. Esto fue un gran paso para el derecho de familia, el cual resulta insuficiente toda vez que si bien se encuentre regulado aún falta legislar profundizando muchos aspectos.

Es por ello, que el tema a investigar en el presente trabajo final es uno de los cuales no se contempló.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## MARCO TEORICO

### ANALISIS

Para realizar un correcto desarrollo del tema traído a examen, debemos realizar un amplio y detallado un análisis de la problemática y explicar una serie de conceptos fundamentales para una correcta comprensión.

#### **¿Qué es la capacidad?**

La capacidad es uno de los atributos más importantes de la persona y se presume como la regla general. Según Rivera, ***“está referida a la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones, y se sustenta en su madurez, que le permite distinguir lo conveniente de lo inconveniente a sus intereses, teniendo por contrapartida la incapacidad”***<sup>1</sup>

Según nuestro Código Civil y Comercial existen dos tipos de capacidad:

- De derecho: ***“Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”***<sup>2</sup>
- De ejercicio: ***“Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”***<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Instituciones de Derecho Civil parte general TOMO I. Rivera, Julio Cesar

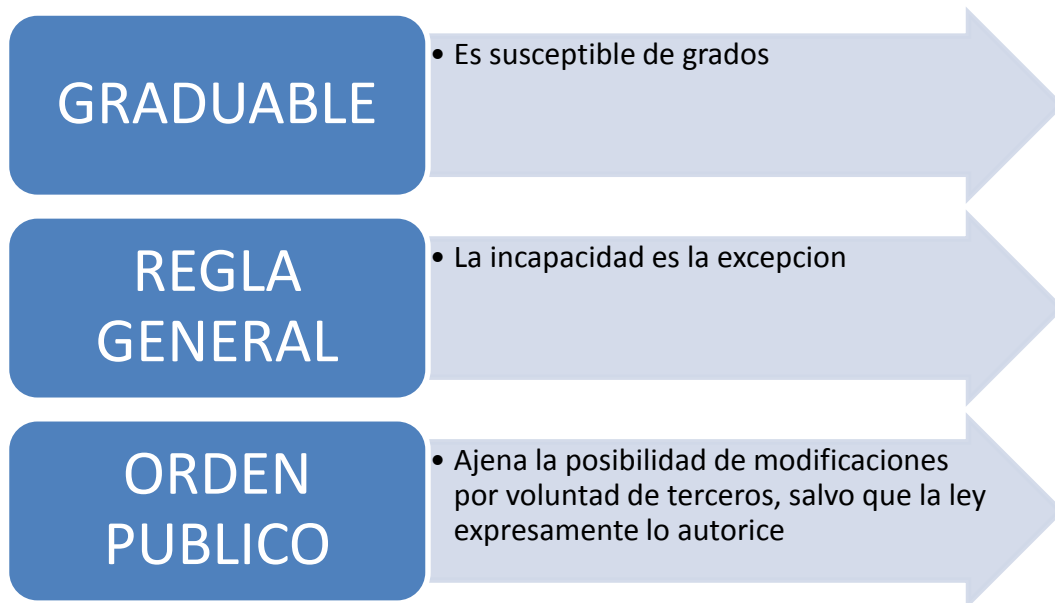
<sup>2</sup> Artículo 22, Código Civil y Comercial

<sup>3</sup> Artículo 23, Código Civil y Comercial

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## Caracteres:



## ¿Quiénes se consideran incapaces de ejercicio?

- Personas por nacer
- Personas con falta de edad o grado de madurez suficiente
- Persona declarada incapaz judicialmente

Para que una persona pueda realizar un acto jurídico, deberá tener capacidad y discernimiento, lo cual sería distinguir o diferenciar las cosas entre sí. Saber apreciar lo bueno o lo malo.

*“El discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente. La capacidad sólo incide en la validez o invalidez del acto jurídico, en tanto que el discernimiento opera en un plano de mayor generalidad: su ausencia impide la imputación misma del acto el agente que si es su autor material, no resulta ser su autor moral.”*

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

*La carencia de discernimiento conlleva la irresponsabilidad del agente por las consecuencias de una actividad que no le es moralmente imputable.”<sup>4</sup>*

El discernimiento se presume y quien diga lo contrario deberá acreditarlo.

### **¿Qué es el consentimiento?**

Para brindar consentimiento respecto de un acto jurídico, la persona deberá ser capaz.

El consentimiento consiste en exteriorizar la voluntad de aceptar derechos y contraer obligaciones. Esta palabra deriva del latín *consensus* lo cual hacía referencia al acuerdo de una o dos partes sobre una misma cuestión.

Ahora bien, nuestro Código Civil y Comercial establece un tipo de consentimiento ante actos médicos, el cual se llama consentimiento informado. ¿Qué es el consentimiento informado? La ley 26.529 lo establece 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;***
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;***

---

<sup>4</sup> CITA SAIJ J.M. c/ G. de S., F. s/ Divorcio, SENTENCIA,30 de Octubre de 1991. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Sala E

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

*g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;*

*h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.<sup>5</sup>*

Este consentimiento informado deberá ser:

**PREVIO:** Que deberá ser pactado y plasmado con anterioridad al tratamiento en cuestión

**LIBRE:** Autodeterminación, sin ningún tipo de coacción.

**INFORMADO:** Debiendo comprender todo lo que conlleva el tratamiento.

Estas son las características el consentimiento que establece el Código Civil y Comercial para realizar un procedimiento de técnicas de reproducción humana asistida.

*“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.”<sup>6</sup>*

Este consentimiento será la manifestación de la voluntad procreacional de los progenitores, siendo el requisito esencial y la columna vertebral del procedimiento.

---

<sup>5</sup> Artículo 5°, Ley 26.529 y artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>6</sup> Artículo 560, Código Civil y Comercial

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## Acto jurídico

*“El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”<sup>7</sup>*

Es la base de la autonomía privada. Este artículo reconoce a los sujetos de derecho la posibilidad de decidir sus propios intereses. Es un claro ejemplo de la autonomía de la voluntad establecida en nuestra Constitución Nacional en el artículo 19, llamado principio de reserva.

**ARTÍCULO 19.-** Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El acto jurídico consiste en la voluntad del hombre en generar esa relación jurídica, el hecho a diferencia no tiene que ser voluntario o controlable.

## Caracteres:

- Acto: Se diferencia del hecho jurídico
- Acto lícito: El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.
- Acto voluntario: El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.
- Fin inmediato de producir efectos jurídicos amparados por el ordenamiento legal: Su fin específico.

Su objeto no debe ser un hecho prohibido por la ley o imposible. Ni contrario a la moral y las buenas costumbres, al orden público ni contrario a la dignidad humana. Y

---

<sup>7</sup> Artículo 259, Código Civil y Comercial.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

deberá contener una causa fin, a falta de esta importa la nulidad del mismo, dado que es un requisito esencial.

*Mencionare a continuación los artículos que son relativos al presente tema en exposición, dado que es muy amplio el tema traído a colación.*

### **Instrumento público**

#### **¿Qué es?**

Todo documento que reúne una serie de requisitos legales conteniendo un acto jurídico como fin, el cual autoriza un notario competente. El mismo se formaliza a requerimiento de parte interesada. Este mismo se protocoliza y se expedirán copias. El instrumento implica las escrituras públicas, actas, y todo documento autorizado por el mismo, sea copia, original o testimonio.

***“Según la cual el documento público es el documento heterógrafo, redactado por un tercero, no sólo imparcial sino dotado a priori de competencia y de fe pública, normalmente documentador profesional”.<sup>8</sup>***

Se considera instrumento público:

- ✓ Las escrituras públicas, sus testimonios o copias
- ✓ Los instrumentos que realizan los escribanos o funcionarios públicos
- ✓ Los títulos realizados por el Estado Nacional, provincial o Ciudad Autónoma de Buenos Aires

***Son requisitos de validez del instrumento público:***

***a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella;***

---

<sup>8</sup> Código Civil y Comercial Comentado de Lorenzetti, Tomo II, pág. 289.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

***b) las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.<sup>9</sup>***

Esta serie de formalidades tienen por finalidad brindar seguridad jurídica y conocimiento del acto que se celebra. Esto genera que ninguna persona manifieste desconocerlo ya que quedará registrado y documentado.

En caso de que el acto lo realice o sea de interés de su cónyuge o conviviente o un pariente suyo dentro del segundo grado de afinidad o cuarto grado de consanguinidad el presente será inválido.

También carecerá de invalidez aquel instrumento que tenga agregados, borraduras, entrelíneas, enmiendas y alteraciones de partes fundamentales si no están salvadas antes de las firmas que se requieren.

En caso de no tener la forma debida pero que consten las firmas de las partes, valará como instrumento propiamente dicho.

### **¿Que son las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)?**

#### **Su origen**

La primera bebe nacida a causa de la presente técnica, nació en Reino Unido el 25 de Julio de 1978 gracias al equipo de Monashen integrado por los Doctores P. Steptoe y Robert G. Edwards. La llamaron “Louise Brown” y fue reconocida mundialmente como la primera bebe probeta. Nació mediante cesárea y pesó 2 kg con 700 gramos.

Mientras que en Latinoamérica el primer bebe nacido mediante TRHA fue en 1984 en Colombia. Ese mismo año también fue el primer nacimiento por fecundación in vitro en Barcelona.

Las técnicas de alta complejidad que nombraremos posteriormente no surgieron hasta los años '90.

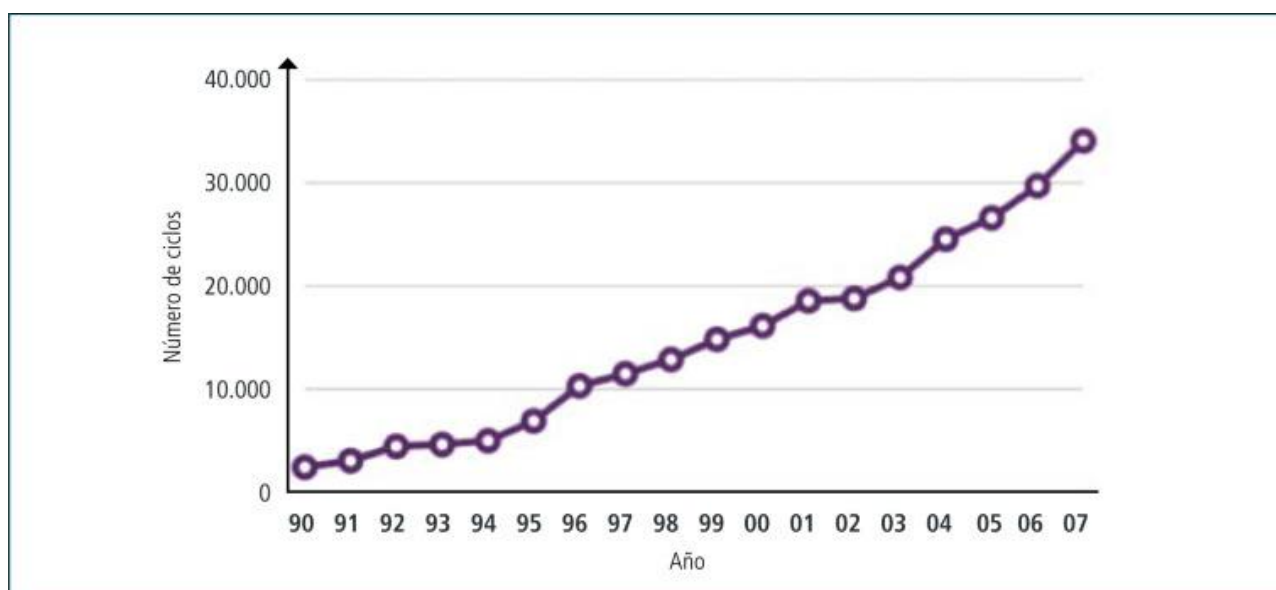
---

<sup>9</sup> Artículo 290, Código Civil y Comercial de la Nación

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

A partir de 1990 en Latinoamérica se registraron 19 centros especialistas en las TRHA. Alcanzando en 2007 los 34.102 ciclos de fertilización in vitro, transferencia tubaria de gametos. El 42% lo registra Brasil, 23% Argentina, 14% México y finalmente Chile con el 5%.



TRA n° ciclos en Latinoamérica.

La ley 26.862 sancionada en el año 2013 las define: “Se entiende por reproducción medicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan la donación de gametos y/o embriones”<sup>10</sup>

El proceso se basa en acercar de manera artificial los gametos femeninos con los masculinos, la finalidad del procedimiento como bien menciona la ley es el embarazo, siendo a veces exitoso y otras no.

---

<sup>10</sup> Artículo 2, Ley 26.862

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

Estas técnicas se clasifican en dos grupos:

### Baja complejidad:

- ♦ Coito programado
- ♦ Inseminación intrauterina

### Alta complejidad:

- ♦ Fertilización In Vitro
- ♦ Inyección intracitoplasmática de espermatozoides

Las técnicas de baja complejidad se utilizan generalmente en parejas que poseen dificultades para que se concrete el proceso en el que el espermatozoide llega a la cavidad intrauterina de la mujer. Este material genético masculino, es seleccionado con anterioridad al proceso para poder lograr el objetivo. El mismo se introduce al momento de la ovulación de la mujer.

A diferencia de las técnicas de alta complejidad, que se hace de manera mucho más artificial, se hace por fuera del sistema reproductor femenino. La muestra del material genético femenino y masculino se fertiliza y se mantiene en cultivo en el laboratorio llegando a ser un embrión, para luego implantarlo en el útero de la mujer que gestará ese embarazo.

Esta técnica fue creada a causa de la infertilidad masculina o por obstrucción de trompas de Falopio, etc.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

### ¿Cuántos tratamientos puede realizar una persona?

Técnicas de baja complejidad

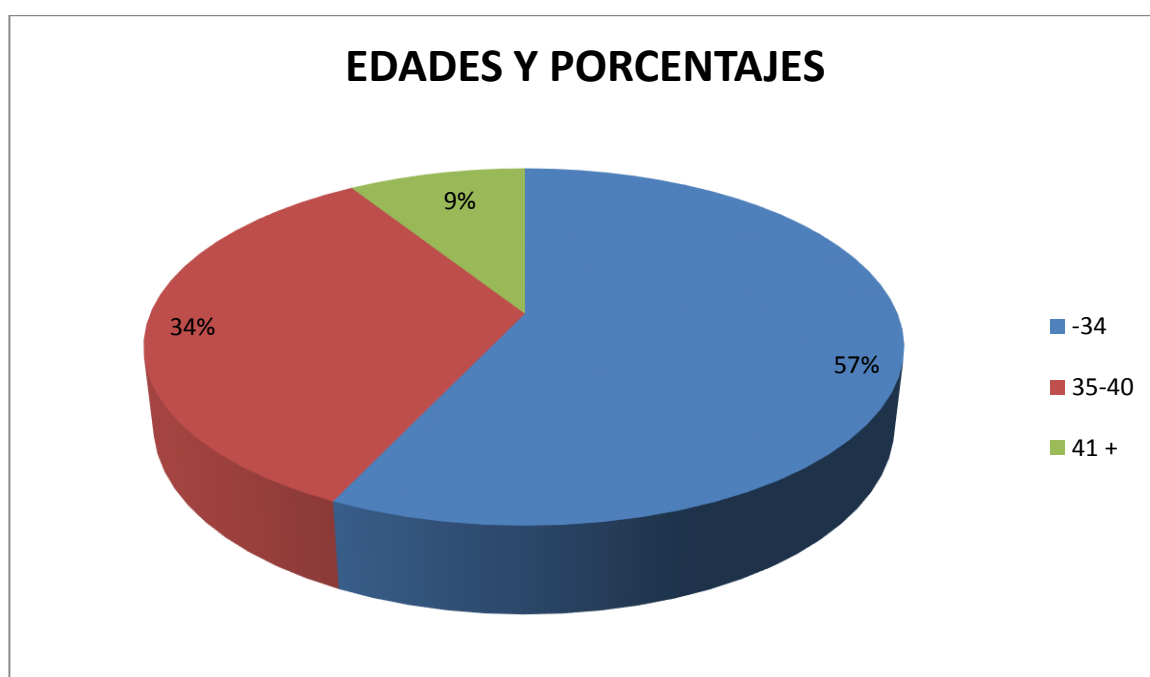
Técnicas de alta complejidad



Máximo de 4 tratamientos anuales

Hasta 3 tratamientos de reproducción con pausas de 3 meses entre cada uno de ellos

### Edades y números



Los números que reflejan el grafico son los porcentajes en cuanto a la edad de las mujeres que se someten a las TRHA. Siendo el 57% menores de 34 años de edad, el 34% entre los 35 y 40 años de edad y el 9% mayores de 41 años.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

### ¿Hasta qué edad puedo realizarme el tratamiento?

- ✓ Hasta los 44 años si son óvulos propios
- ✓ Hasta los 51 años con óvulos donados

La ley 26.862 en su artículo séptimo, determina los beneficiarios. Estableciendo que tiene derecho a acudir al tratamiento toda persona que posea la mayoría de edad haya realizado el correspondiente consentimiento informado. Su artículo siguiente estipula que podrán acceder mediante cobertura de obra social, medicina, prepaga, obra social del poder judicial de la nación, dirección de ayuda social del personal del congreso de la nación.

A continuación se adjunta un listado del Registro Federal de Establecimientos de Salud en el cual figuran los centros de salud habilitados:

| Código                 | Nombre                                                                                             | Provincia | Dependencia | Tipología | Localidad                                           | Domicilio                        | CP       | Teléfono              |
|------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|-------------|-----------|-----------------------------------------------------|----------------------------------|----------|-----------------------|
| 50820<br>84218<br>6024 | CAF HOSP EVA PERON- G BAIGORRIA                                                                    | Santa Fe  | Provincial  | ESSID T   | Granadero Baigorria                                 | Av San Martin 1645               | 2152     | 0341- 4710940 Int 263 |
| 50900<br>84239<br>7142 | CENTRO DE MEDICINA REPRODUCTIVA REPRODUCIR                                                         | Tucumán   | Privado     | ESSID T   | San Miguel de Tucumán                               | Calle Virgen de la Merced N° 420 | 4000     | 4230208               |
| 50580<br>35236<br>7146 | CENTRO MEDICO ALBOR                                                                                | Neuquén   | Privado     | ESSID T   | Neuquén                                             | SANTA FE 475                     | 8300     | 4489966               |
| 50020<br>01231<br>6031 | CENTRO MEDICO CIMER - INVESTIGACIONES EN MEDICINA REPRODUCTIVA                                     | CABA      | Privado     | ESSID T   | Ciudad de Buenos Aires                              | Avenida Forest 1166 PB Y PISO 1  | C1427CEV | (011) 4551-4318       |
| 50020<br>01231<br>8110 | CENTRO MEDICO CON QUIROFANO Y LAB DE ESTUDIOS ESPECIALES DE LA MED REPRODUCTIVA FENIX MEDICINA SRL | CABA      | Privado     | ESSID T   | Ciudad de Buenos Aires                              | Arenales 1954 Piso 1             | 1124     | 5032-3358             |
| 50020<br>01231<br>6041 | CENTRO MEDICO FERTILAB                                                                             | CABA      | Privado     | ESSID T   | Ciudad de Buenos Aires                              | Riobamba 1205 1° Piso Y 2° Piso  | 1116     | (011) 4811-7575       |
| 50901<br>19239<br>6933 | CENTRO MEDICO FERTILIA                                                                             | Tucumán   | Privado     | ESSID T   | Yerba Buena - Marcos Paz (Yerba Buena - Marcos Paz) | calle Andres Villa N° 51         | 4107     | 4354357               |
| 50020<br>01231<br>5828 | CENTRO MEDICO PROCREARTE                                                                           | CABA      | Privado     | ESSID T   | Ciudad de Buenos Aires                              | Bulnes 1104 y Tucumán 3701       | 1176     | (011) 5530-5700       |
| 52140<br>14233<br>3674 | CENTRO MEDICO QUIRURGICO FECUNDART                                                                 | Córdoba   | Privado     | ESSID T   | Córdoba                                             | PARANA 545                       | 5000     |                       |
| 50660<br>28237<br>3223 | CIGNO S.H.                                                                                         | Salta     | Privado     | ESSID T   | Salta                                               | 20 DE FEBRERO N° 657/659         | 4400     | 4212202               |
| 50140<br>14233<br>3606 | CIGOR CONSULTORIOS DEL CERRO                                                                       | Córdoba   | Privado     | ESSID T   | Córdoba                                             | Gregorio de Laferrere 2125       | 5000     | 0351-4812460          |
| 10140<br>14233<br>4136 | CIGOR NUEVA CORDOBA                                                                                | Córdoba   | Privado     | ESCIG     | Córdoba                                             | Bv. Chacabuco 1089               | 5000     | 0351-4694433          |
| 14700<br>28237<br>7048 | CLINICA DEL PRADO                                                                                  | San Juan  | Privado     | ESCIE     | San Juan                                            | TUCUMÁN -SUR- 468                | 5400     | 0264-4200962          |
| 50020<br>01231<br>6242 | HALITUS INSTITUTO MEDICO                                                                           | CABA      | Privado     | ESSID T   | Ciudad de Buenos Aires                              | Marcelo T. de Alvear 2084        | C1122AAF | (011) 5273-2000       |
| 10820<br>84228<br>4080 | HOSP DR ROQUE SAENZ PEÑA                                                                           | Santa Fe  | Municipal   | ESCIG     | Rosario                                             | LAPRIDA FRANCISCO NARCISO 5381   | 2000     | 0341- 4809144         |
| 1082                   | HOSPITAL PROVINCIAL                                                                                | Santa Fe  | Provincial  | ESCIG     | Rosario                                             | Leandro Alem                     | 2000     | 0341-4721111          |

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Fecha de creación de la lista: 16 de agosto de 2013 17:55  
Cantidad de registros exportados: 24

| Código                 | Nombre                                                      | Provincia    | Dependencia | Tipología | Localidad                                                   | Domicilio               | CP       | Teléfono           |
|------------------------|-------------------------------------------------------------|--------------|-------------|-----------|-------------------------------------------------------------|-------------------------|----------|--------------------|
| 08421<br>84089         | HOSPITAL PROVINCIAL                                         | Fe           | Provincial  | ESCIG     | Rosario                                                     | 1450                    | 2000     | 0341-4721111       |
| 10820<br>84218<br>4090 | HOSPITAL PROVINCIAL DEL CENTENARIO                          | Santa Fe     | Provincial  | ESCIG     | Rosario                                                     | Urquiza 3101            | 2000     | 0341-4724649/51/53 |
| 50020<br>01231<br>6504 | INSTITUTO MEDICO CER - CENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION | CABA         | Privado     | ESSID T   | Ciudad de Buenos Aires                                      | Humboldt 2263           | 1425     | (011) 4778-1587    |
| 14063<br>71230<br>0670 | INSTITUTO DE GINECOLOGIA Y FERTILIDAD PREFER                | Buenos Aires | Privado     | ESCIE     | General San Martín (Ciudad del Libertad General San Martín) | Güemes 2348             | 1650     | (011) 4713-1762    |
| 50900<br>84239<br>6449 | INSTITUTO TUCUMANO DE FERTILIDAD ITFER                      | Tucumán      | Privado     | ESSID T   | San Miguel de Tucumán                                       | calle BALCARCE 459      | 4000     | 0381-4309309       |
| 50140<br>14233<br>3581 | ORIGEN SALUD REPRODUCTIVA                                   | Córdoba      | Privado     | ESSID T   | Córdoba                                                     | Av. Vélez sarsfield 776 | 5000     | 0351-4217676       |
| 50020<br>01231<br>6087 | PREGNA MEDICINA REPRODUCTIVA                                | CABA         | Privado     | ESSID T   | Ciudad de Buenos Aires                                      | Benuti 2853 PB, 1. y 2° | C1425BBG | (011) 4823-5005    |
| 50820<br>84238<br>6674 | PROAR CENTRO MEDICO                                         | Santa Fe     | Privado     | ESSID T   | Rosario                                                     | ITALIA N° 1225          | 2000     | 0341-4476600       |
| 50660<br>28237<br>3500 | SARESA FERTILIDAD S.H.                                      | Salta        | Privado     | ESSID T   | Salta                                                       | MARIANO BOEDO N° 23     | 4400     | 4222272            |

En 2016 se lanzó el Programa Nacional de Reproducción Medicamente Asistida a través de la RESOLUCION MINISTERIAL 2190-E/2016, donde como uno de los objetivos se creó un servicio de certificación de consentimientos informados para TRHA, para Ciudad de Buenos Aires. A continuación indicaré los pasos que pueden consultar en <https://www.argentina.gob.ar/salud/reproduccionasistida> , para la certificación del mismo:

### ***¿Cómo obtener la certificación de consentimientos informados de tratamientos de reproducción humana asistida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?***

El Ministerio de Salud de la Nación, a través de su Resolución 616-E/2017, ha aprobado los textos de los consentimientos informados para tratamientos de reproducción humana asistida, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

Asimismo, la norma aprueba el procedimiento de certificación de todo consentimiento informado por parte de la Coordinación de Reproducción Medicamente Asistida para que la/s persona/s nacida/s por un tratamiento de reproducción humana asistida pueda/n obtener su partida de nacimiento, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

### **Los consentimientos informados que se certifican en la Coordinación son aquellos:**

1. Otorgados en un establecimiento de reproducción humana asistida sometido al contralor de esta Secretaría de Gobierno de Salud (CABA) -y su nacimiento resultará inscripto ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA.
2. Otorgados en un establecimiento de otra Jurisdicción, pero que está dando/ ha dado lugar al nacimiento de una o más personas en un establecimiento sanitario sometido al contralor de esta Secretaría de Gobierno de Salud (CABA) y su nacimiento resultará inscripto ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA.
3. 1) **Enviar el/los DNI de la/s persona/s titular/es del proyecto parental y su/s consentimiento/s informado/s escaneado/s a: [ci.certificamsal@gmail.com](mailto:ci.certificamsal@gmail.com)**
4. 2) Analizada la documentación allí recibida, se informará en 24 hs. si el CONSENTIMIENTO INFORMADO puede ser certificado o se requiere otra información que pueda faltar.
5. 3) Una vez recibido el CONSENTIMIENTO INFORMADO, y si el mismo es apto para su certificación, se certificará digitalmente en un plazo máximo de 5 días hábiles.
6. 4) Se le enviará por correo electrónico su CONSENTIMIENTO INFORMADO certificado digitalmente, y también al Registro del Estado Civil y Capacidad de las

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

personas de CABA para que se pueda continuar con el trámite de obtención de partida de nacimiento y DNI, debiendo cumplimentar todo lo solicitado por dicho Registro.

7. **El trámite de certificación de consentimientos informados ante el Ministerio de Salud de la Nación no tiene costo alguno. La partida de nacimiento no deja constancia alguna respecto de que la persona ha sido concebida por reproducción humana asistida ni dato alguno respecto del tratamiento realizado.**

Luego de transitar tantos años con el Código Velezano del año 1871, nuestro Código Civil y Comercial se ha renovado en el año 2015, lo cual trajo muchas novedades y nos actualizo y enriqueció como sociedad y como pares.

Esto trajo de la mano que nos aggiornemos de muchas de las problemáticas que urgentemente necesitaban regularse.

En esta ocasión haremos hincapié en la novedosa y tercer tipo de filiación en nuestro país:

### **La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida**

Cabe aclarar que este tipo de filiación surte los mismos efectos que los otros dos tipos de filiación:

- I. Por naturaleza:
- II. Por adopción

Por naturaleza: Aquella que deriva del hecho natural y biológico de la procreación.

Por adopción: Aquella que es conferida mediante una sentencia judicial.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

Este tipo nuevo de filiación no se rige por el vínculo genético como en las mencionadas precedentemente. Este tipo de filiación se regirá por la voluntad procreacional la que será su elemento determinante.

*“en el marco de la filiación por naturaleza la "sangre" el dato genético tiene importancia, pero no así cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) con material de un tercero o en la filiación adoptiva. Reemplazar el término "consanguinidad" por otro que sea abarcativo de los tres tipos filiales no era sencillo, de allí que se decidió no reemplazarlo por ninguno sino directamente entender que cuando se alude al parentesco a secas, se refiere al vínculo que se genera entre dos personas que nacen de un tronco común cualquiera sea el tipo filial del que se trate(..)Estos tres tipos filiales (por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción asistida y por adopción) tienen diferentes causas fuente (elemento biológico, de voluntad procreacional y jurídico) a los fines de la determinación de la filiación y su consecuente sistema en materia de acciones, pero no respecto a sus efectos. De esta manera, se evita cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo filial”<sup>11</sup>*

---

<sup>11</sup> Manual de Derechos de las Familias, Marisa Herrera, edición 2015 pagina 267.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## DESARROLLO DEL PROBLEMA

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente acerca del artículo 560 de nuestro Código Civil y Comercial, donde se plantea que el consentimiento en este tipo de procedimientos deberá ser recabado por el centro de salud interviniente, siendo el mismo previo, libre e informado y que deberá ser renovado cada vez que se sometan a la utilización de gametos o embriones. Podemos destacar del mismo que es la causa fuente de la filiación ya que determina el vínculo filial y se da por aprobado el acto médico. También otorga el título de estado de familia.

*“Es aquel instrumento formalmente suficiente para oponer en plenitud el estado de familia erga omnes”<sup>12</sup>*

La problemática jurídica hallada en el presente trabajo suscita en caso de fallecimiento de uno de los progenitores que previamente no haya prestado el consentimiento en el cual plasmo su voluntad procreacional, éste podrá ser tomado como tácito? Es decir, se podrá presumir el consentimiento después de la muerte?

Parte de la jurisprudencia marco precedente en que no se puede tener como tácito.

Año 2018, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B de Capital Federal.

*“Es procedente confirmar la resolución que denegó a la actora la autorización para utilizar, en un tratamiento de fertilización asistida post mortem, los gametos criopreservados de su pareja fallecida, ya que no puede tenerse por prestado el consentimiento del fallecido debido a que en el formulario de depósito de los gametos, su padre invocó ser tutor del nombrado y esa representación era inexistente pues este último contaba con plena capacidad y lucidez, tan es así que dos días antes había prestado su consentimiento informado para someterse a tratamiento para la enfermedad que padecía.*

*3.-Si para la realización de las técnicas de reproducción humana asistida, el centro de salud interviniente debe recabar ‘el consentimiento previo, informado*

---

<sup>12</sup> ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 2002, T. II, p. 363.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

*y libre de las personas’ y ese consentimiento ‘debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones’ (art. 560 , CCivCom.) y ‘es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión’ (art. 561 ) resulta imposible concluir que hay consentimientos presuntos para después de la muerte.’”<sup>13</sup>*

*“La posibilidad de utilizar y transferir gametos criopreservados queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación... Si para la realización de las técnicas de reproducción humana asistida, el centro de salud interviniente debe recabar ‘el consentimiento previo, informado y libre de las personas’ y ese consentimiento ‘debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones’ (art. 560, CCivCom.) y ‘es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión’ (art. 561 ) resulta imposible concluir que hay consentimientos presuntos para después de la muerte.’”<sup>14</sup>*

El fallo indica claramente la mirada del tribunal en que no se puede presumir el consentimiento. También asevera que no se puede obligar a nadie a ser padre o madre, ni suponer que lo quiso.

Lo que más me llamo la atención fue que el Sr. Al depositar los gametos, firmo un formulario donde se manifestaba: “Procrearte podrá proceder al descongelamiento de la/s muestras para su eliminación, la misma medida se tomará en caso de incapacidad o fallecimiento” siendo aún más sustento para el juez denegar el pedido cuando expresamente se autoriza a desecharlos en caso de fallecimiento.

---

<sup>13</sup> SUMARIO M. H. D.; M. V. V. y M. T. T.

<sup>14</sup> -Contra la resolución de fs. 172/184, que denegó la autorización que solicitaran M. H. D.; M. V. V. y M. T. T., a fin de que esta última pudiera utilizar, en un tratamiento de fertilización asistida post mortem, los gametos criopreservados de S. D., alzan sus quejas todos los peticionarios en el memorial agregado a fs.188/193. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, CABA

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

Por tal razón como anexo incluiré la entrevista realizada al Dr. Carlos Massolo abogado del Centro de Salud (PROCREARTE) donde suscito este fallo y el siguiente

Y así como se dio este precedente negativo en un caso vinculado a la clínica de Grupo Procreate también hubo un caso favorable en Diciembre del Año 2019 que tramitó en el Juzgado Civil n°76. **Caratula: E, A. N. c/ PROCREARTE s/AMPARO – FAMILIA**

### **Este fallo fue aportado por Grupo Procreate.-**

Donde se presenta la peticionante a fines de solicitar autorización para la transferencia embriones congelados de la persona difunta.

Quien falleció en Marzo del año 2018, por motivo de un robo cerca de su domicilio. Anteriormente al hecho, ambos convivían y atravesaban un tratamiento de TRHA, solicitando así autorización para finalizar con el proceso iniciado en el año 2016, donde el último consentimiento informado registrado data del año 2018.

El sustento del juez se basó en que las TRHA no se encuentran prohibidas haciendo reserva del art 19 de la Constitución Nacional citando el fundamento de otro fallo.

También planteo que al ser una pareja que hacía muchos años estaban juntos y que recurrieron al tratamiento por la ineficacia de las vías naturales. Estaba en claro que de querer simplemente tener un hijo lo hubiera hecho con material heterólogo formando así una familia monoparental. Pero que de recurrir a la instancia judicial se pone en juego la intención de querer formar una familia con quien fue su compañero. Y así se hizo lugar a lo solicitado. - ***El presente fallo se encuentra en la sección ANEXOS*** -

Por otro lado en el anteproyecto del Código Civil y Comercial se quiso regular el consentimiento post mortem en técnicas de reproducción humana asistida, pero esto quedo en el camino ya que se suprimió de la redacción. El artículo 563 consagraba:

***“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***

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

*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”.*

Al momento de la redacción de este trabajo final, no hay una prohibición expresa de la filiación post mortem ni tampoco un plazo estipulado para realizar la implantación del embrión. Tampoco hay una postura clara ante esta problemática ya que hay distintas corrientes en cuanto a jurisprudencia. Las negatorias y las que autorizan que se realice la extracción después de la muerte de uno de sus progenitores.

Analizando el Código Civil en el Título Primero – Persona Humana – Derechos personalísimos a mi criterio podría servir como análogo el Artículo 61

*“Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.”<sup>15</sup>*

Este artículo podría llegar a subsanar la teoría del consentimiento tácito. Ya que no se puede tomar una decisión por una persona que no manifestó su voluntad ya que sería entrar en un terreno pantanoso, del cual se desprenderían vínculos filiales por una autorización de

---

<sup>15</sup> Artículo 61, Código Civil y Comercial de la Nación.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

un juez que no conoció a la persona y que realmente no sabía si al momento del deceso era su deseo ser padre.

También una solución podría ser indicar directivas anticipadas o que se recurriera a testigos, tal como en el siguiente caso:

***“Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.”<sup>16</sup>***

A continuación relataré un fallo en el cual la Jueza que llevó adelante la causa, utilizó un criterio similar al de las exequias en cuanto a que se ejerció el derecho de representación. Y que fue de gran impacto ya que apareció una modalidad nueva dentro del abanico de fecundación post mortem, dado que no se realizó con un espermia criopreservado existente, sino que el material genético fue obtenido mediante una extracción cadavérica.

A raíz de la muerte del progenitor en un trágico accidente donde el colectivo en el que viajaba fue embestido por un tren en la estación de Flores. La Jueza Nacional en lo Civil Celia Giordanino autorizó la extracción de semen para realizar la fecundación in vitro a su pareja para aportarse al centro médico de salud donde ella se estaba asistiendo. La extracción de espermia se realizó 9 horas después de su muerte en 2011. Cabe aclarar que se encontraban próximos a someterse a las TRHA, 15 días después.

Al solicitar autorización aportó la documentación respaldatoria donde se comprobó que tenía dificultades para llevar a cabo un embarazo. También se pudo comprobar los años de convivencia de la pareja y se recabo el consentimiento informado del difunto.

---

<sup>16</sup> Artículo 60, Código Civil y Comercial de la Nación.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

A razón de todo lo expuesto la jueza llamo a testificar a los progenitores, amigos de la pareja y su hermana, quienes confirmaron que lo que más quería en la vida era tener varios hijos. Autorizando cinco años después la inseminación.

El sustento de la sentencia se basó en el Artículo 19 de nuestra Carta Magna, donde se consagra el principio de reserva mencionado anteriormente.

***"la fecundación post mortem no es una técnica prohibida y con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el señor P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida".<sup>17</sup>***

Una vez aclarado el artículo acerca de los requisitos para realizar una técnica de reproducción humana asistida, seguimos con el que respecta a la forma del mismo

***"Forma y requisitos del consentimiento. 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."<sup>18</sup>***

Respecto de la revocación del mismo, hay dos corrientes: los que a consideran que un claro ejemplo de la revocación del consentimiento es la muerte ya que este hecho imposibilitaría la renovación del consentimiento.

Y otros que sostienen que esta renovación se puede hacer por adelantado dejándola plasmada en algún instrumento público o privado.

Por otro lado en el Año 2016 se realizó un proyecto de ley denominado Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Medicamente Asistida, donde se planteó en un articulado la revocación del consentimiento por causa de muerte.

---

<sup>17</sup> Fallo recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/201606/151189-fecundacion-post-mortem.html>

<sup>18</sup> Artículo 561, Código Civil y Comercial de la Nación

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

Dando como posibilidad dos alternativas:

En caso de acuerdo entre los integrantes de la pareja manifestar en el consentimiento la conformidad de que sus gametos o embriones sean transferidos en caso de fallecimiento o como mencionaba el anteproyecto, que la transferencia se produzca dentro del año siguiente al deceso.

En caso de desacuerdo sobre el futuro de los embriones en caso de fallecimiento de alguno, no será posible realizar la TRHA.

También prohibía la extracción después de la muerte del material genético.

***“Revocación del consentimiento por causa de muerte. El fallecimiento de una persona equivale a la revocación del consentimiento oportunamente prestado. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumplen los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el correspondiente formulario de consentimiento informado que sus gametos o los embriones producidos con sus gametos sean transferidos después de su fallecimiento; y b) la inseminación o la transferencia del embrión se produce dentro del año siguiente al deceso. Los titulares deben estar de acuerdo sobre el destino de los embriones en el supuesto de fallecimiento futuro de alguno de ellos. En caso de desacuerdo, no es posible la realización de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida. Es posible acordar que en caso de fallecimiento de uno de los titulares, el superviviente sea quien decida el destino de conformidad con el art. 43. Queda prohibida la extracción post mortem de material genético de conformidad con lo previsto en los arts. 55 y 56 del Código Civil y Comercial.”<sup>19</sup>***

Anteriormente el Código de Vélez establecía que era incapaz para suceder aquel hijo no concebido al momento de la muerte del causante.

---

<sup>19</sup> Artículo 30, proyecto de Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Medicamente Asistida

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

En la actualidad nuestro Código Civil y Comercial en su artículo 2279, de todos modos reconoce que las personas que pueden suceder al causante son aquellos nacidos después de su muerte, mediante técnica de reproducción humana asistida con requisitos excluyentes; que el consentimiento esté debidamente instrumentado para protocolizar ante escribano público o ante la autoridad sanitaria de cada jurisdicción.

Lo que no regula hasta ahora es si son capaces de suceder los nacidos mediante TRHA después de su muerte si estos no se encontraban concebidos al momento de la misma. Ya que si específica:

***“Pueden suceder al causante:***

***a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;***

***b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida”<sup>20</sup>***

Pero por otro lado, ¿que entendemos por concepción?

Para nuestra legislación la concepción en el seno materno es el punto de partida para la existencia de la persona humana. Así lo consagra el Artículo 19 de Nuestro Código Civil y Comercial.

Anteriormente en su anteproyecto establecía:

***“La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer.” Agregándose como disposición transitoria segunda que “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”***

Siendo que la segunda parte también fue eliminada y ante esta laguna o silencio jurídico, nos remitimos a qué consagra nuestra jurisprudencia, ya que está contemplado cuando comienza la existencia de la persona humana, pero... ¿Cuándo comienza?, ¿cuándo

---

<sup>20</sup> Artículo 2279, Código Civil y Comercial de la Nación

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

se tratare del nacimiento de una persona que deriva de una técnica de reproducción humana?

***“En suma, lo expuesto permite concluir sin hesitaciones que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno.- Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales, derivados de la dignidad inherente al ser humano. Ante todo del derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia en tanto la vida constituye la condición o presupuesto para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios. Y también del derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior.-“*<sup>21</sup>**

El conocido fallo Rabinovich fue un precedente para dejar en claro la postura del tribunal y sentar jurisprudencia en cuanto a que los embriones son personas humanas. Prohibiendo su eliminación afirmando cuando comienza la existencia humana.

Recordemos que este surgió a raíz de que el Abogado dio comienzo a las actuaciones para que intervenga el Ministerio Público, a fines de que protegiera los embriones congelados ya que su vida podría estar comprometida. Denunciando que se congelaban personas por nacer sin una supervisión por parte de las autoridades. Resolviendo el juez de primera instancia que hasta no se legisle en esa materia todo procedimiento respecto de embriones debería ser autorizado vía judicial.

Posteriormente la Cámara dispuso que se realice un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados <sup>22</sup> existentes al momento del presente. A fines de individualizar cada uno de ellos, los dadores, profesionales e instituciones. Y ratifico que toda disposición en cuanto a los embriones y ovocitos debería ser revisada judicialmente y

---

<sup>21</sup> FALLO Expte 45882/93 - "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" - CNCIV - SALA I - 03/12/1999

<sup>22</sup> Momento en que la célula femenina se fusiona con el espermatozoide.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

sugerir que se legislara en carácter de urgente ya que brindaría una pronta solución a estos casos.

***“Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”<sup>23</sup>***

La voluntad procreacional es la columna vertebral de las TRHA y la materialización del consentimiento previo, informado y libre, ya que en él se plasma la intención de engendrar una nueva vida. También es sumamente importante dado que sin voluntad procreacional no hay vínculo filial establecido.

Cabe aclarar que en los casos en que el hijo nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida haya sido fruto de una con un donante, no podrá ejercer acción por reclamación de filiación paterna ya que es nacido mediante TRHA cuando este plasmado el consentimiento con sus formalidades. Ni tampoco en el caso de las TRHA homólogas la impugnación de la filiación cuando haya mediado consentimiento de ambos.

***“Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.”<sup>24</sup>***

---

<sup>23</sup> Artículo 562, Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>24</sup> Artículo 577, Código Civil y Comercial de la Nación.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## EL CONSENTIMIENTO POST MORTEM REGULADO EN OTROS PAISES

### Uruguay

El 22 de Noviembre del 2013 se promulgó y el 29 de Noviembre del mismo año se publicó la ley 19.167 la cual regula las técnicas de reproducción humana asistida.

Las técnicas que ampara la presente son inducción a la ovulación, inseminación artificial, microinyección espermática, diagnóstico genético preimplantacional, fecundación in vitro, transferencia de embriones, criopreservación de gametos y embriones, entre otras.

Pero la más llamativa y la cual aún no se encuentra regulada en nuestro país: gestación subrogada.

*Dato de color:* Si bien en Uruguay se encuentra regulado, tiene un impedimento de que se genere un fin lucrativo, se podrá realizar con una persona que posea segundo grado de consanguinidad, es decir la hermana o la cuñada de la futura madre. Esta subrogación se hará sin ningún tipo de remuneración a cargo y quedará sentado por escrito el consentimiento de ambas personas y la filiación que tendrá el futuro bebé.

A diferencia nuestro país, el tratamiento de técnicas de baja complejidad se encuentra comprendido y financiado por un programa de asistencia integral el cual lo brindarán entidades públicas o privadas amparadas por el Sistema Nacional Integrado de Salud.

El único requisito será: Que la mujer no sea mayor a 40 años de edad.

En cuanto a las técnicas de alta complejidad podrá ser total o parcialmente subsidiado hasta un máximo de tres intentos por medio del Fondo Nacional de Recursos.

Dichas prestaciones cubren:

- ❖ Estudios para el diagnóstico
- ❖ Tratamiento
- ❖ Asesoramiento y realización de procesos terapéuticos

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

- ❖ Medicación
- ❖ Demás estudios
- ❖ Posibles complicación que se presenten

El consentimiento también deberá ser informado y deberá constar en la historia clínica. A diferencia de nosotros, la ley uruguaya no hace referencia a la necesidad de que el mismo sea plasmado en un instrumento público.

Al momento de la inseminación o implantación deberán ratificar el presente consentimiento ambos progenitores.

### **¿Cómo se procede ante el fallecimiento de alguno de los progenitores?**

Afortunadamente, Uruguay prevé como manejar este tipo de situaciones. Se encuentra regulado en la misma ley en su artículo noveno, al cual lo denominan como una “situación especial”

***“Podrá realizarse fertilización de gametos o transferirse embriones originados en una persona que hubiere fallecido, siempre que esta hubiera otorgado previamente por escrito su consentimiento para ello y dentro de los 365 (trescientos sesenta y cinco) días posteriores a su fallecimiento.”***

### **España**

Tiene una regulación similar, la cual Uruguay ha tomado de ejemplo.

También lo podrá realizar toda mujer mayor de 18 años siempre que haya prestado consentimiento escrito, libre, consciente y expreso. Si la misma estuviere casada también se requerirá el consentimiento del marido que será con los mismos requisitos que el de la mujer.

La ley 14/2006 en su artículo 9 establece la posibilidad de la filiación post mortem con semen criopreservado siempre que el consentimiento este plasmado en un documento

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

privado. La fecundación deberá ser dentro del plazo de 12 meses siguientes al fallecimiento. Tal fecundación originará lazos filiales matrimoniales.

***“Premoriencia del marido. 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.***

***2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.***

***3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.”<sup>25</sup>***

La falta de consentimiento del hombre en caso de fecundación post mortem no podrá ser reemplazado por autorización judicial.

---

<sup>25</sup> Artículo 9, Ley 14/2006, España.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

A continuación adjuntare un modelo de consentimiento anticipando el fallecimiento, el cual se recuperó de la Sociedad Española de Fertilidad, donde se contempla que la muerte es una posibilidad y ante la prohibición de la autorización en vías judiciales. Se anticipan un paso:

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>D _____, mayor de edad, provisto de DNI nº _____ en este acto presto mi consentimiento a que en el caso de que falleciera con anterioridad a que mi material reproductor se halle en el útero de Dña _____, pueda ésta, en los 12 meses siguientes a mi fallecimiento, proceder a fecundarse con el mismo, y que se determine la filiación del hijo nacido conmigo.</p> <p>En _____ a ____ de _____ de _____</p> <p>Fdo. D/Dª. _____</p> <p>Firma del Médico</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

### Costa Rica

Es el único país donde se prohibió las técnicas de reproducción humana asistida. En 1995 mediante un Decreto Ejecutivo 24029-S donde se autorizaba la práctica de técnicas de reproducción humana asistida para parejas casadas. Esto causó mucho revuelo y meses más tarde no tardó en llegar un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo en cuestión. El fundamento se basó en que, en el proceso de la técnica se desechaban embriones, los cuales son considerados seres humanos y que esto atentaba contra un derecho fundamental, el derecho a la vida. Y finalmente en el año 2000 el Decreto quedó nulo.

*“es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In Vitro y*

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

*Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraría permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado”<sup>26</sup>*

Ante esta prohibición arbitraria y que en su momento arrebató el sueño y deseo de ser padres a muchas personas, nueve parejas se presentaron ante la Corte Interamericana el 19 de Enero del 2001, alegando su infertilidad, los estudios, tratamientos a los que se sometieron, los daños ocasionados y resultados nada exitosos.

El sustento se basó en que el Estado de Costa Rica violentaba los derechos amparados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos los cuales manifiestan los siguientes derechos:

*“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”<sup>27</sup>*

*“Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”<sup>28</sup>*

---

<sup>26</sup> Sentencia 2000-02306, 15 de marzo del 2000, emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica, expediente 95-001734-007-CO. Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro del Valle, contra el Decreto Ejecutivo 24029-S

<sup>27</sup> Artículo 11.2, Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>28</sup> Artículo 17.2, Convención Americana de Derechos Humanos.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

***“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”<sup>29</sup>***

y que el artículo 1.1 y 2 perjudicaba particularmente a Grettel Artavia Murillo y demás demandantes.

***“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”<sup>30</sup>***

***“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”<sup>31</sup>***

Toda vez que primordialmente violentaron el principio y derecho fundamental que es el tronco del presente fallo, el derecho a la vida. También contemplado en la Convención tratada.

***“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”<sup>32</sup>***

Siendo que si no se protege el derecho a la vida, para que proteger otros tantos derechos personalísimos, ya que la vida es el punto de partida y del que se desprenden

---

<sup>29</sup> Artículo 24, Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>30</sup> Artículo 1.1, Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>31</sup> Artículo 2, Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>32</sup> Artículo 4.1, Convención Americana de Derechos Humanos.

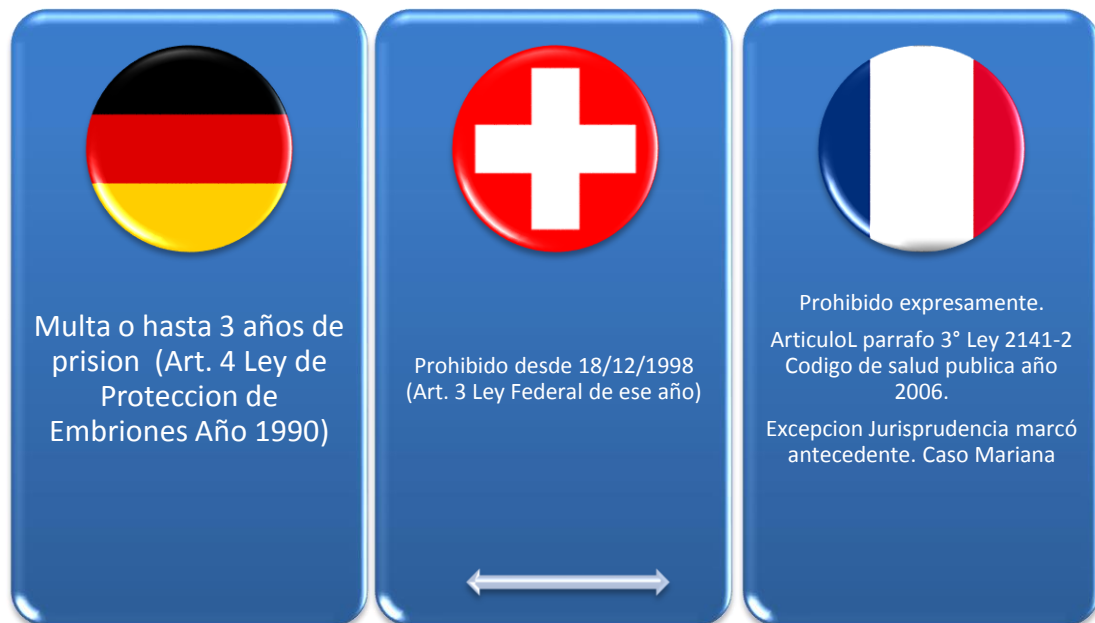
## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

obligaciones *erga omnes*. Que es inherente a la persona humana y fundamental para el reconocimiento de muchos otros derechos.

La sentencia del fallo traído a colación estableció el alcance del derecho a la vida, antes que se produzca el nacimiento. Consagrando que se protege la misma y surge desde la implantación del embrión. Separó al Estado de las familias, poniendo por encima el derecho a la privacidad de cada una de ellas, a fines de que no intervenga ni niegue derechos reproductivos. Reconoció el derecho a la integridad personal. Y se determinó que el Estado de Costa Rica actuó discriminatoriamente negando el acceso a la salud para los tratamientos, generando perdida de chance. También de manera económica, ya que aquella pareja que no tenía los medios para viajar a otro país para realizar el tratamiento, perdía el sueño de formar una familia. Condenando a indemnizarlos bajo concepto de daño material a aquellos que viajaron.

### **Otros países donde en la actualidad se encuentra prohibida la fecundación post mortem**



# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## Alemania

*1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años de una multa quien:*

*1) Procediera a fecundar artificialmente un óvulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo espermatozoides fue utilizado, hubieran dado su consentimiento.*

*2) Procediera a transferir un embrión a una mujer sin su consentimiento.*

*3) Fecundara artificialmente un óvulo con espermatozoides de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa.*

*2. No será sancionada en el supuesto del párrafo 1, inc. 3, la mujer en la cual se efectuara la fecundación artificial.*

## Suiza

*“Los óvulos y embriones impregnados in vitro ya no podrán utilizarse después de la muerte de parte de la pareja afectada.”<sup>33</sup>*

## Francia

*“Por su parte, el artículo L. 2141-2 del Código francés de salud pública, en la redacción dada por la Ley núm. 2004-800 afirma en su párrafo primero, que la asistencia médica a la procreación está destinada a responder a la demanda parental de una pareja. En su párrafo segundo, añade que dicha asistencia tiene por objeto remediar la infertilidad, cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de*

---

<sup>33</sup> 5 Imprägnierte Eizellen und Embryonen in vitro dürfen nach dem Tod eines Teils des betroffenen Paares nicht mehr verwendet werden, Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) vom 18. Dezember 1998

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

*particular gravedad. Y, en su párrafo 3, concluye que el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, deben estar vivos, en edad de procrear, casados o en condiciones de poder aportar la prueba de una vida en común de al menos dos años y, que conste en ambos supuestos un consentimiento previo a la transferencia de embriones o a la inseminación. El artículo L. 2141-3 del citado Código determina, además que un embrión sólo puede ser concebido in vitro, con gametos provenientes, de al menos uno de los miembros de la pareja.”<sup>34</sup>*

El caso Mariana, sentó jurisprudencia a pesar de la ley francesa. Se trató de una mujer española y su pareja de nacionalidad italiana. Ambos residían en Francia. A Nicola Turri, su novio, le diagnosticaron cáncer y antes de que el comience con problemas de fertilidad los cuales derivarían de la pronta quimioterapia que recibiría, decidieron criopreservar espermatozoides. En 2015 el fallece, al poco tiempo de haber otorgado el consentimiento para el procedimiento. Teniendo en cuenta el artículo citado anteriormente con la prohibición de una posible fecundación post mortem, Mariana solicitó al Consejo de Estado galo solicitando que el semen congelado se traslade hasta Costa del Sol, donde residía en España. Confirmando el pedido de Mariana (ya que como había comentado en el apartado de España, allí se encuentra regulada la filiación después de la muerte dentro del plazo de 1 año del deceso) los gametos criopreservados finalmente viajaron desde el Hospital Tenon de París hasta Málaga.

Habiendo recabado información de legislación acerca de la fecundación post mortem se adjunta un cuadro comparativo de distintos países especificando la posición de cada uno frente a las distintas técnicas de reproducción humana asistida y si prevén la fecundación post mortem:

---

<sup>34</sup> Analysis of the New Act 14/2006, May 26, about Assisted Human Reproduction Techniques. A First Glance about its Content, Ana Isabel Berrocal Lanzarot.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

| Cuadro 1                          | Maternidad Subrogada/<br>Gestación por<br>Sustitución | Inseminación<br>artificial<br>homóloga | Inseminación<br>artificial<br>heteróloga | Fecundación In-<br>Vitro | Fecundación<br>post-mortem |
|-----------------------------------|-------------------------------------------------------|----------------------------------------|------------------------------------------|--------------------------|----------------------------|
| Alemania                          | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| Arizona (EEUU)                    | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | SI                         |
| Austria                           | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| Bulgaria                          | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| China                             | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | -                          |
| Coahuila<br>(México)              | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | -                          |
| Distrito de<br>Columbia<br>(EEUU) | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | -                          |
| Croacia                           | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | -                          |
| Dinamarca                         | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| Eslovaquia                        | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| España                            | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | SI                         |
| Filipinas                         | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | NO<br>REGULADA           | NO<br>REGULADA             |
| Finlandia                         | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| Francia                           | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| Islandia                          | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | -                          |
| Italia                            | NO                                                    | SI                                     | NO*                                      | SI                       | NO                         |
| Louisiana<br>(EEUU)               | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | -                          |
| Malta                             | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| Noruega                           | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | -                          |
| Nueva York<br>(EEUU)              | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | SI                         |
| Portugal                          | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | SI                         |
| Quebec (Canadá)                   | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | SI**                       |
| Querétaro<br>(México)             | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | -                          |
| República<br>Dominicana           | NO***                                                 | NO<br>REGULADA                         | NO<br>REGULADA                           | NO<br>REGULADA           | NO<br>REGULADA             |
| Serbia                            | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | SI                         |
| Suecia                            | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |
| Suiza                             | NO                                                    | SI                                     | SI                                       | SI                       | NO                         |

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## CONCLUSION FINAL

Por todo lo expuesto, podemos concluir que el denominador común de todos los fallos es la ausencia del consentimiento por parte de la persona fallecida. En los que se evidencian, la falta de regulación sobre el tema en nuestro país y si bien no se encuentra expresamente prohibido, lo que hay es un silencio jurídico. No siendo esto suficiente ante este faltante.

Considero que **debería llevarse a cabo una ley especial donde se regule la temática en cuestión, teniendo en cuenta todas estas alternativas y tomando como ejemplo a los países que la regulan como ser España y Uruguay.**

Es por esto que a mi juicio de *lege ferenda*, lo que propongo es regularlo de manera tal:

1. Que en los casos en que hubo un tratamiento previo de TRHA, dentro del año de la fecha de deceso o medie un acto de última voluntad como ser un testamento, se podría considerar como tácito el consentimiento.
2. Y ante la duda, habilitar la opción de que el juez **de oficio**, pueda recurrir a testimoniales y brindar la posibilidad de ejercer el derecho de representación por parte de sus familiares o personas con un vínculo afectivo cercano.
3. Otra alternativa seria, que los centros intervinientes realicen un consentimiento anticipado contemplando la filiación del futuro bebé, en caso de fallecimiento. Tomando como ejemplo el consentimiento adjunto en el titulo ESPAÑA, proveniente de un centro de reproducción asistida español.

Estas propuestas serian un posible camino hacia la solución de este silencio jurídico. Para que todo tipo de familia que recurra a las técnicas de reproducción humana asistida pueda estar resguardada jurídicamente, en caso de un hecho tan impredecible como es la muerte.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## ANEXOS

### 1. ENTREVISTA AL DR. CARLOS MASSOLO. ABOGADO DE GRUPO PROCREARTE

**Micaela:** Hola Doctor ¿cómo le va?

**Dr. Massolo:** Muy bien ¿y vos Micaela?

**Micaela:** Bien todo bien

**Dr. Massolo:** ¿Dónde estudias Micaela?

**Micaela:** En la Universidad Abierta Interamericana. Empecé en 2015, termine de cursar en Diciembre 2019 y ahora me queda el trabajo final.

**Dr. Massolo:** Ah perfecto, ya lo tenés. Bueno, dirás vos en que te puedo ayudar Micaela?

**Micaela:** Bueno, el tema de mi trabajo final es el consentimiento post mortem en técnicas de reproducción humana asistida. Básicamente los objetivos a realizar es investigar acerca de su factibilidad actual y averiguar en precedentes a fines de alcanzar una solución neutral y realizar derecho comparado.

Quería consultarle por un caso que me llamo mucho la atención que tramitó en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala B de CABA, es que el sustento del juez se basó más que nada en un texto que tienen ustedes en procrearte para cuando se entregan los gametos para crioconservar, en este caso el Sr estaba muy enfermo y antes de entregar el material genético firmo un formulario donde se manifestaba que PROCREARTE, podría proceder al descongelamiento de las muestras para su eliminación en caso de incapacidad o fallecimiento. Esto lo que causo fue que sea de más sustento para el juez para denegar el pedido.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

**Dr. Massolo:** La verdad no lo recuerdo particularmente porque hemos tenido muchos casos similares. Lo que si te puedo decir es que en los consentimientos informados que nosotros tenemos en Procrearte solamente hacemos la transferencia, así se llama, de los gametos, la transferencia del embrión siempre y cuando haya un consentimiento firmado. Digamos, el principio rector sobre consentimientos es que, salvo que sea, como disposición de última voluntad; vos tenés que renovarlo constantemente. Por ejemplo: Imagínate que un señor crioconserva semen y fallece. Aunque vos supongas, que eso significa que él quiera tener un hijo con determinada mujer. En realidad vos no tenés ningún consentimiento donde el Sr. Decida realmente hacer eso, entonces por eso se recurre al juez. Ya que se supone que esta persona quiere, digamos, tenía la voluntad de tener un hijo.

Pero si vos no tenés una disposición de última voluntad no lo vas a poder hacer. Entonces nosotros frente a eso, estamos muy atentos y hacemos hincapié en el consentimiento informado. Porque en él dice que solamente se podrá implantar con la conformidad de ambos dadores de los gametos.

**Micaela:** Y usted considera que ante esta falta de consentimiento, ¿se podría suplir por una autorización vía judicial?

**Dr. Massolo:** De hecho ha ocurrido. Falto el consentimiento en un caso y la Señora había recurrido a la vía judicial y se creó la conclusión en el juez de que si, respectivamente ese Señor quería tener un hijo con la Sra. y lo autorizo. Entonces ahora nosotros estamos ahora esperando el oficio judicial en donde se nos indique materializar esta cuestión.

Yo lo que creo es, que lo que vos no podes hacer si no tenés una decisión firmada de antemano es proceder a la transferencia o al embarazo de la Señora, salvo que tengas como una especie de testamento que así lo diga.

Mira, te voy a contar el anteproyecto del Código Civil y Comercial tenía estas medidas, porque nosotros nos basamos mucho en eso. Establecía que si vos dejabas una disposición de voluntad para implantar el embrión o utilizar el semen conservado se podía hacer, lo único que se exigía es que fuera dentro del año del fallecimiento.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

**Micaela:** Si estuve mirando y tal cual se podría hacer siempre y cuando fuera dentro del año a la fecha del deceso. Y note que lo tomaron de Uruguay y España.

**Dr. Massolo:** Claro hay otros países que esto está mejor regulado que acá. Hay una pequeña diferencia que por ahí ayuda para una decisión judicial. Por un lado esta que vos tengas criopreservado semen, ¿no es cierto? Yo te cuento casos que nos han ocurrido.

Ha habido muchachos solteros que por ahí por tener que hacerse una operación o tener que hacer un tratamiento de quimioterapia ha guardado semen, se hacen el tratamiento y después ese semen queda guardado pero eso no quiere decir que tengan planificado tener hijos.

**Micaela:** ¿Cuánto tiempo puede estar ese semen crioconservado?

**Dr. Massolo:** Mira eso es un tema más bien técnico médico, pero yo que estoy en el medio te puedo decir que no hay un plazo por lo que me informan los médicos. Ni tampoco legalmente establecido. Hay congelamientos de más de diez años y han nacido chicos.

**Micaela:** Estuve investigando y llegue a la conclusión de que se podría dejar una directiva anticipada tal como lo contempla el Código en el artículo 60 en derechos personalísimos, pero también considero que de algún modo también podría suplirse por las exequias del artículo 61. ¿Considera que podrían tomarse como análogos?

**Dr. Massolo:** Mira se aplica siempre el artículo 60 antes que el 61. Vos acá tenés un material genético que podes usar para reproducción y podes estar vivo o no. Lo que creo que no puede pasar de ningún modo es que alguien decida por vos tener un hijo. Imagínate que eso es una cuestión que no estaría dentro de esta área. Es verdad que si hubiéramos tenido regulado ese artículo de la filiación post mortem estaríamos mucho mejor. Pero el tema de cuando se prepara un proyecto y luego se empiezan a cortar pedazos genera cuestiones complicadas y que a veces no aportan al desarrollo de los actos jurídicos que haya que hacer. Ya tenemos un gravísimo problema con el tema de si el embrión es vida humana o no. Creo que es EL debate que tiene el Código y que no ha podido resolver.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

Eso está estaba específicamente y recontra bien regulado y decía que había persona humana en técnica de reproducción asistida solamente cuando hubiera sido emplazado el embrión. Y bueno, eso quedo afuera y así estamos.

**Micaela:** Si es cierto, pero al menos tenemos a favor que hay un silencio jurídico y no una prohibición.

**Dr. Massolo:** Y vos personalmente qué opinas, ¿cuál es tu postura?

**Micaela:** Debería haber una ley que lo regule específicamente.

**Dr. Massolo:** ¿Estas a favor de estas técnicas?

**Micaela:** Si plenamente a favor, todos debemos tener derecho a formar una familia y más aún se deben garantizar los mismos, cuando hay complicaciones médicas en el medio. Nadie debería arrebatarse el sueño a una persona de ser madre/padre.

Y ni hablar cuando la pareja muere repentinamente, hay material crioconservado y ni siquiera se llegó a prestar el consentimiento.

**Dr. Massolo:** Te cuento que en el caso que comentamos en la tele. No había ningún consentimiento ni nada firmado. Lo único que por suerte había y fue una cosa de casualidad. Es que esta gente tenía una obra social y en la obra social para hacer los tratamientos te piden que les dejes firmados los consentimientos pero no para hacer la transferencia, sino por una cuestión de que esos consentimientos revelan que vos cumpliste con todo el papeleo que hace falta, ¿no es cierto? Fíjate como son las cosas que ese consentimiento que había sido firmado en la obra social pero no en procrearte. Y hacia tres días que lo habían firmado antes de la muerte. Y ese consentimiento la abogada que llevo el caso lo logro rescatar y el juzgado entendió que eso que se firmó en la obra social, tenía validez o revelaba la intención de ser padre de este Señor. Así que fue una cosa de casualidad, pero nosotros jamás vimos ese consentimiento.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

**Micaela:** La verdad que tuvo mucha suerte. Quería consultarle ¿qué punto de vista tiene con respecto a lo patrimonial no? Porque claramente de esto se desprenden lazos filiatorios

**Dr. Massolo:** Yo creo que no hay mucha diferencia con cosas que pasan sin involucrar técnicas de reproducción humana asistida. La mujer queda embarazada el Señor se va de viaje y fallece. Y la mujer tiene que cursar un embarazo sola y ese chico va a ser el hijo de ese Señor y va tener los derecho, etc. Yo creo que acá pasa algo similar nada más que la persona fallece antes y la voluntad fue dada antes. La voluntad procreacional en ambos casos estaría presente. Y ese chico tiene que tener los derechos sucesorios como cualquier persona. Así que desde lo patrimonial me parece que está bien. Desde el momento que el juez autoriza el embarazo se generan todos los derechos que cualquier persona puede tener por la herencia.

Te cuento un caso que nos pasó hace como diez años. Un día nos llega una orden judicial diciendo que se utilizar el semen criopreservado de determinado señor, había fallecido.

Yo tuve oportunidad de hablar con el abogado que lo llevo y el tipo había hecho un laburo muy bueno e interesante porque él había armado un pedido de autorización judicial convocando a toda la familia del fallecido y la hermana del fallecida, los padres, todos decían que sí, que efectivamente toda la vida quiso tener un hijo con esa Señora y que esa era su voluntad. Entonces el juzgado autorizo y con todo eso se despejaba todo el tema patrimonial. Es del 2012 creo.

**Micaela:** Pero en ese caso ¿no se dejó un consentimiento?

**Dr. Massolo:** No, no había.

**Micaela:** Y así y todo, lo aceptaron.

**Dr. Massolo:** Si y es viejísimo

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

**Micaela:** Se anticipó a todo, estuvo muy bien. Y ni siquiera había salido el Nuevo Código Civil, estaba el Velezano. Súper moderno el pensamiento del juez. ¿Le toco algún caso en que la familia se haya negado a la implantación del embrión?

**Dr. Massolo:** Tal cual. Muy moderno. Tuve un caso muy extraño de una Señora que era todo muy raro. Me consulto y me conto que ella estaba en pareja con un señor que había querido tener siempre un hijo con ella y estuvieron muchos años en pareja y por una enfermedad no se podía usar su semen. Pero si había ido a un banco de semen y habían solicitado ellos dos un donante. El tema es que el tipo fallece por esa enfermedad que te comentaba y la señora dice bueno este fue siempre nuestro sueño y yo quiero que cuando me transfieran el embrión quede constancia de que es hijo de mi pareja. Le dije mira, lo lamento mucho pero no va a poder ser esto. Porque si haces la transferencia serias como madre soltera, y ella a toda costa quería que asentemos que era hijo de su pareja fallecida. Insistí en que bajo ningún punto de vista podía ser, además hacía más de un año que había muerto. Y siguió insistiendo y me dijo que iba a contratar un abogado. Pero no, rotundamente.

**Micaela:** No, inadmisible. Bueno, en estos casos el consentimiento sería un arma de doble filo. Porque si se da un caso así, es complicado.

**Dr. Massolo:** Yo lo primero que procuro es que la clínica no quede involucrada y que se haga todo en el marco de la ley. Y si esto requiere un consentimiento es porque evidentemente hay un acto médico involucrado, y donde hay un acto médico involucrado, ese acto es un tipo de responsabilidad para el medico que interviene. Eso me llevo a que bajo ningún punto de vista admitiéramos eso.

El tema de la voluntad procreacional es un tema que le falta algunos ajustes, la gente cree que es firmar un documento y ya está y la verdad es que no es así. Y tenemos situaciones que quizás son raras. He tenido casos en que parejas de mujeres, donde solo una era la madre ya que se sometió ella al embarazo con material de un donante. Y en ese lapso formo pareja y una vez que la pareja se encariña, pero no se prende al proyecto familiar. Y luego vienen y quieren reclamar, quieren firmar un consentimiento. Y la verdad es que eso

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

lo tienen que pedir judicialmente, y estos son cosas muy delicadas. Quizás tiene razón, pero nosotros no podemos autorizarlo.

Yo tengo mis críticas por unos comentarios en la comisión del anteproyecto. Ya que lo que es un documento médico secreto como el consentimiento informado se termina convirtiendo en un documento público que va a estar inscripto en un registro. El consentimiento informado que es lo más secreto que vos tenés y que además describe cosas que te pasan a vos o enfermedades que has tenido, etc. Termina siendo un documento que llevas a un registro para inscribir un chico y la verdad es que es desprolijo. Tendría que haber un documento aparte, un acta especial en el cual en su caso vos la elevas a calidad de instrumento público. No un documento médico que de golpe se convierte en un instrumento público constitutivo de estado de las personas.

**Micaela:** Si y más que nada cuando se estableció que es secreto. Consulta, antes de que se actualice el Nuevo Código en 2015, ¿cómo trabajaban con respecto a estas técnicas? Si bien había una ley que más o menos lo regulaba.

**Dr. Massolo:** Mira aunque te parezca mentira, si bien el Código nuevo resuelve algunas cosas más que nada lo de la voluntad procreacional, no cambio tanto. Porque ya las clínicas y los médicos se venían manejando con mucha responsabilidad y también la gente colaboraba con estas cuestiones. Igual siempre se requirió que haya un consentimiento de ambas partes. Por eso cuando se separaban nosotros preveíamos los consentimientos. Porque no se puede autorizar con la conformidad de uno solo.

Tengo un caso en el cual la pareja se separa y al Señor le llega una demanda para manifestar conformidad y entregar el material en conserva, ya que la ex quería tener hijos. Salió en la tele y ahora ya estará por salir la sentencia. Él dice rotundamente que no, y ella insiste. El defensor de menores interviene y apoya el planteo del señor, sosteniendo que se requiere la voluntad de ambas partes.

**Micaela:** Tal cual, no se podría obligar a alguien a ser padre cuando manifiesta en vida que no quiere. Bueno Doctor, muchas gracias por la entrevista y por aportarme tantos casos que

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

sirven a mi trabajo final y que sirven como de experiencia y precedente para orientar un poco cual es la determinación de los jueces al momento de fallar en casos tan delicados como estos.

**Dr. Massolo:** De nada Micaela, mucho gusto y espero que te sirva.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## 2. FALLO DONDE INTERVIENE GRUPO PROCREARTE

*APORTADO POR EL DR. CARLOS MASSOLO*

**JUZGADO CIVIL 76**

**12613/2018**

**E, A. N. c/ PROCREARTE S/AMPARO - FAMILIA**

**Buenos Aires, 30 de diciembre de 2019.**

### AUTOS Y VISTOS:

Para decidir la autorización solicitada en las presentes actuaciones, de las que RESULTA:

I.- A fs. 31/38 se presenta A.N.E., solicitando autorización para la utilización y transferencia de los embriones fecundados crioconservados, que se encuentran en PROCREARTE, Red de Medicina Reproductiva y Molecular y de quien en vida fuera C.D. F. Refiere que el 24 de marzo de 2018 el Sr. C.D.F. fue asesinado producto de un robo en las cercanías de su casa, conforme lo acredita con la partida de defunción obrante a fs. 72/73. Antes del fatal accidente la peticionante con el Sr. C.D.F.. Convivían en carácter de concubinos y se encontraban en tratamiento de fertilización asistida por lo cual y ante el deceso producido, se requirió al Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 5, la autorización judicial pertinente para poder culminar el proceso, ya que es necesario suplir en forma judicial la voluntad manifiesta del Sr. C.D.F. Acompaña documental y ofrece prueba

II.- De los elementos acompañados en la petición inicial, surge el intercambio epistolar con PROCREARTE (fs. 25) con la respectiva contestación obrante a fs. 28 en la que manifiesta “que no se ha dispuesto la cancelación y/o suspensión de tratamiento de fertilización alguno y/o de transferencia de embriones alguna....En relación a ello la ley exige (....)Para establecer la voluntad procreacional previo a la implantación, la firma, consentimiento informado por parte de quienes aportaran los gametos masculinos y femeninos que se

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

produjeran los embriones, razón por la cual se verificó un supuesto de fuerza mayor, esto es, falta de consentimiento y/o voluntad procreacional expresa por parte de los gametos masculinos a la hora de transferencia.... Ello corroborado por el hecho de que Ud. No contaba con ningún instrumento que expresara como última voluntad de su pareja - la decisión de transferirlo. Más allá que debe mediar conformidad en ocasión de dicho acto médico para conformar la voluntad, la eventual implantación del embrión sin dicho recaudo hubiera determinado una lesión al derecho a la identidad del recién nacido, siendo que la ley no lo hubiera reconocido como hijo de su pareja, Sr. F. C. D.”.

### Y CONSIDERANDO:

I. A.N.E. solicita autorización judicial para la utilización de los embriones criopreservado perteneciente a su pareja, Sr. F., quien falleció trágicamente en un hecho ilícito ocurrido con fecha 24/3/2018.

II. - Con la partida de fs. 72/73, se encuentra acreditado el deceso del Sr. F., ocurrido el 25 de marzo de 2018.

III. - A fs. 7/28, se encuentra corroborado el sometimiento a un tratamiento de fertilización asistida por parte de la actora y el Sr. F., desde el año 2016, con último consentimiento informado suscripto por F., en marzo de 2018. Por todo ello queda probada la legitimación suficiente para promover las presentes.

IV.- Para analizar la procedencia del reclamo comienzo por remontarme los antecedentes de la materia y sobre todo a la iniciativa sueca que consagró esta práctica mediante la ley 1884:1140 de inseminación artificial, sancionada en el año 1985, que más tarde hizo extensiva a la fecundación in vitro en la ley 1987:711, del año 1998. Esta tendencia fue seguida por España, a partir de la ley 35/1988. Siendo aún escasa su recepción en los países latinoamericanos.... En la Argentina. Esta corriente, que fue corolario de una profunda jurisprudencia que venía resolviendo favorablemente este tipo de peticiones, se inició a nivel local y culminó en el ámbito nacional con la sanción de la ley 26.862 sobre “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico - asistenciales de reproducción

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

medicamente asistida. Ahora bien, estas legislaciones se ubican en el seno del derecho público sin definir las relaciones y vínculos de familias emergentes de la procreación llevada a cabo por esos medios. Frente a ese escenario, no puede dudarse sobre la innovación y relevancia del CCyCN al incorporar a la filiación THRA como una tercera fuente filial (con A.N.E. Art. 558) pues por primera vez en nuestro país se reconoce efectos jurídicos al uso de estas técnicas en el ámbito de derecho de familia. (“Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, María Victoria Fama, Tomo I, Edit. La Ley,2017).

El decreto 956/2013, en su segundo artículo entiende por técnicas de reproducción medicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Corresponde entonces diferenciar los tipos de THRA, sub clasificándolos en homogéneas o heterólogas. Estas primeras son: las que se van a llevar a cabo con material genético propio del o las personas que han expresado su voluntad procreacional y a quienes se les atribuye la filiación (siendo este el caso propio de autos). En cambio, las heterólogas, son aquellas en las que se utiliza material genético de terceros dadores o donantes que no tendrán vínculo filial alguno con el nacido.

En este orden de ideas, el art. 560 del CCyCN indica 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”.

Asimismo y analizando el caso de autos corresponde señalar que en la fecundación post mortem consiste en las técnicas de reproducción asistida luego del fallecimiento de una de las partes, aquí se puede distinguir entre supuestos diversos: i) la fecundación se realiza con semen congelado del prefallecido y mediante el cual la mujer se fertiliza artificialmente con material genético del fallecido durante el proceso de fertilización; ii) cuando la mujer extrae material genético del cadáver fallecido repentinamente y luego realiza la fecundación y por último, el caso de la transferencia de embriones post mortem en el que el embrión concebido in vitro en vida de los progenitores es implantado en el seno materno luego del fallecimiento del padre. Ante estos casos la legislación local, optó por el silencio.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

En cuanto a los fundamentos jurídicos, “algunos encuentran respuestas jurídicas suficientemente asentadas, otros, en cambio, carecen de una respuesta legal adecuada como ocurría en el derecho argentino en torno a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) que con la sanción de la ley 26.994 que puso en vigencia el actual Código Civil y Comercial de la Nación en el que si bien han incorporado estos procedimientos, se ha perdido una valiosa oportunidad de legislar sobre la filiación “post mortem” al eliminar de su cuerpo legal el art. 563 del Anteproyecto sin que ello generara mayores controversias, quedando así relegada respecto de otras legislaciones de vanguardia en la materia como España, Cataluña Grecia y con algunas limitaciones Gran Bretaña, Bélgica y Portugal (Minyersky y Flah en “Reproducción Asistida. Derecho a la identidad. Dilema y contradicciones” RDF n° 66, pag. 211 y sig.; Bergel S.D. “Bioética y derecho” DF y P 2010 (junio) 01-06-2010, 261; Famá, María V. “La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida” 02-05-2014, SJA 2014/05-3, J.A. 2014-1)”. Sin embargo, frente a la obligación del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3 del C.C.y C. que resume los conceptos contenidos en los arts. 15 y 16 del Código de Vélez) adquiere preeminencia el principio del derecho consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional que reza “... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, todo lo cual me lleva a concluir que la práctica de que se trata no está prohibida a la luz de la legislación vigente y por tanto no existe impedimento legal para su realización.” (“N.O.C.P S/ Autorización” Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro 87)”.

VI.- Este derecho es el que pretende ejercer la Sra. E., quien había iniciado una relación de pareja con F., que se mantuvo en el tiempo por varios años, y como señala en el escrito de inicio era su proyecto conformar una familia. Sin embargo, al no lograrlo por vías naturales la pareja comenzó con consultas a profesionales especializados en el tema e iniciaron el correspondiente tratamiento.

VII.- Ahora bien, la infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales, sin protección, durante el

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

lapso de un año aproximadamente. De allí que las técnicas o procedimientos de reproducción asistida, son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas o parejas infértiles a lograr un embarazo, lo cual incluyen la manipulación de ovocitos, espermatozoides o embriones. Sobre ello, la ley 26.862 establece que tiene como objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, entendiendo por estas a las realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo (arts. 1 y 2) y en su art. 7 menciona como beneficiarios de estas técnicas a “...toda persona mayor de edad que de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente, en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado.” el que podrá ser revocado hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer. En esta ley, según su decreto reglamentario, prevalecen, entre otros derechos, el de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud y que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad. Indudablemente, la decisión de tener hijos biológicos a través de TRHA forma parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar; que la decisión de ser o no ser madre o padre es parte de ese derecho a la vida privada y se relaciona con la autonomía reproductiva

VIII. - En este marco corresponde analizar el recaudo del consentimiento informado, que a tenor de lo preceptuado por la ley 26.529 es obligatorio en toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, público o privado y es definido como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o sus representantes legales, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, la información clara, precisa y adecuada respecto a su estado de salud, procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados, los riesgos, molestias y efectos adversos posibles, procedimientos alternativos con sus riesgos, beneficios y perjuicios y las consecuencias de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

IX. - En este orden de ideas, se entiende el principio de respeto por la verdad biológica como uno de los pilares sobre los que se apoya el régimen de filiación vigente. “En este punto, si bien aún no hay niño ni embrión y tampoco se ha reclamado la inscripción del niño o niña con filiación paterna, no hay duda alguna en que la peticionante hará honor a tal principio pues su intención es tener un hijo de quien fue su compañero ya que, si su deseo fuera sólo unilateral de maternidad, hubiera acudido a material heterólogo, evitando así la intervención judicial.

X. - Máxime teniendo en cuenta la manifestación expresa y libre efectuada por el Sr. C. D. F. a fs-. 15/16 en el mismo mes de su trágico fallecimiento, que no hay dudas de su voluntad procreacional.

XI. - A fs. 101 dictamina la Sra. Defensora Publica de Menores e Incapaces, que atento a que los embriones in vitro no pueden ser considerados personas a efectos civiles, por lo que no corresponde su intervención.

XII. - A fs. 103 la Sra. Fiscal sostiene se haga lugar a la acción interpuesta por la actora.

Por lo expuesto, normas legales, doctrina y jurisprudencia citadas;

### RESUELVO:

I. - Hacer lugar a la autorización pedida. En consecuencia, autorizo a la Sra. A. N. E. a someterse a los tratamientos de fertilización médica asistida con los gametos criopreservados de quien en vida fuera C. F. y que se encuentran depositados en Procreatearte a quien se le notificará mediante cédula.

Dese testimonio o fotocopia certificada.

II. - Notifíquese a la Sra. Fiscal en su despacho.

III. - Oportunamente archívese.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

## **BIBLIOGRAFIA**

1. Actualidad de TRHA en medios de comunicación, en Uruguay. Recuperado de <https://ladiaria.com.uy/feminismos/articulo/2020/2/gestacion-subrogada-en-uruguay-una-realidad-a-medias/>
2. Certificación de consentimiento informado en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/salud/reproduccionasistida>
3. Código Civil y Comercial de la Nación, Año 2015.
4. Convención americana de derechos humanos, Año 1969.
5. Cuadro derecho comparado, recuperado de <file:///C:/Users/U/Downloads/22-24-1-SM.pdf>
6. Definición de ovocito <https://www.reproduccionasistida.org/ovocito/>
7. Diccionario Enciclopédico de Legislación Sanitaria, recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/>
8. Entrevista por la cual descubrí grupo procrear y solicite una entrevista con el Dr. Massolo <https://www.instagram.com/tv/CEUw9ENj9a6/?igshid=1ns5moym5wr17>
9. Fallo anónimo negatorio sobre filiación post mortem, recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3742-consentimiento-para-utilizacion-post-mortem-gametos-criopreservados-no>
10. Fallo Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) VS COSTA RICA.
11. Fallo: Autorizan a utilizar el semen de un hombre fallecido en 2011 para una fecundación in vitro recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/201606/151189-fecundacion-post-mortem.html>
12. Grupo procrear <https://www.procrear.com/>
13. Herrera Marisa, Manual de Derechos de las Familias, Edición 2015.
14. Historia de las TRHA, su origen. Recuperado de <http://www.vitafertilidad.com/blog/actualidad/historia-reproduccion-asistida.html#:~:text=Los%20inicios%20de%20la%20Reproducci%C3%B3n,s%>

## CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

---

[C3%B3lo%20dur%C3%B3%20unas%20pocas%20semanas.&text=En%20Espa%C3%B1a%2C%20el%20primer%20nacimiento,julio%20de%201984%20en%20Barcelona.](#)

15. Información en cuanto al tratamiento, madurez del cuerpo, cantidad de TRHA.  
Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/tecnicas-de-reproduccion-asistida>
16. Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción medicamente asistida.
17. Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.
18. Modelo de consentimiento anticipado al fallecimiento, recuperado de <https://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento4.pdf>
19. Rabinovich Ricardo David s/medidas precautorias. Cámara de Apelaciones en lo Civil, CABA. Sala I. Diciembre de 1999.
20. Registro Federal de Establecimientos de Salud, recuperado de [http://www.msal.gob.ar/images/stories/pdf/listado\\_sisa\\_16-08-2013.pdf](http://www.msal.gob.ar/images/stories/pdf/listado_sisa_16-08-2013.pdf)
21. Revista médica, Clínica las Condes, Chile. Información TRHA en América.  
Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864010705575>
22. Rivera, Julio Cesar. Instituciones de Derecho Civil, parte general TOMO I.
23. Técnicas de Reproducción Humana en América Latina.  
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332018000100013#fn52](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332018000100013#fn52)
24. Zannoni, Eduardo A. Derecho de Familia, 2002.

# CONSENTIMIENTO POST MORTEM EN TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

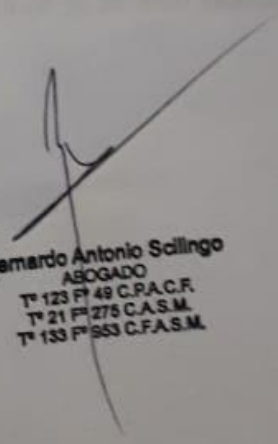
---

## NOTA SUPERVISION DE TESIS

Universidad Abierta Interamericana  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Carrera: Abogacía

Por medio del presente, comunico a Uds. Que la alumna Salinas, Micaela Quimey ha realizado su trabajo final de carrera bajo mi directa supervisión.

Atte.

  
Bernardo Antonio Scilingo  
ABOGADO  
T° 123 F° 48 C.P.A.C.F.  
T° 21 F° 275 C.A.S.M.  
T° 133 F° 553 C.F.A.S.M.