

# Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas

Los problemas de los consentimientos informados prestados  
desde y para el más allá

**Marisa Herrera**

Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires.  
Investigadora Independiente del CONICET

### ***Abstract***

*El presente ensayo tiene por objeto problematizar y profundizar desde una perspectiva contemporánea la especial técnica de reproducción humana asistida como lo es la fertilización post mortem. Para este fin, se toman, a modo de excusa o disparador, recientes planteos judiciales esgrimidos en tres ordenamientos jurídicos con realidades y legislaciones bien diferentes como lo son Argentina, Francia y Gran Bretaña, a los cuales también se debe sumar España siendo que uno de estos precedentes involucra a la regulación española. Estas sentencias son hábiles también para revisar la noción de "progreso o "progresismo" en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida y a la par, problematizar sobre la admisión irrestricta, estricta o intermedia en la temática. En otras palabras, se pretende indagar sobre el rol de los límites al momento de edificar una ley y su posible tensión con el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico.*

*This paper is to problematize and deepening from a contemporary perspective the special technique of assisted human reproduction as is the post mortem fertilization. To this end, it is taken as an excuse or trigger recent court cases put forward in three legal systems realities and laws very different as is Argentina, France and Britain, which must also add Spain being one of these precedents also it involves the Spanish regulation. These statements are also working to revise the notion of "progress or" progressivism" in the field of assisted human reproduction and at par, problematize on the unrestricted, intermediate or strict admission to the theme. In other words, it aims to investigate the role of limits when building a law and its possible tension with the human right to enjoy the benefits of scientific progress.*

*Title:* Filiation post mortem and jurisprudential compared pseudo progressive voices. The problems of informed consent given to and from the beyond

*Palabras clave:* Fertilización post mortem- Jurisprudencia- Derecho comparado- Derechos Humanos- Consentimiento informado.

*Keywords:* Fertilisation post mortem- Jurisprudence - Human Rights- Comparative law -Informed Consent.

### ***Sumario***

- 1. Introducción**
- 2. La justicia argentina contemporánea**
  - 2.1. El último precedente a modo de termómetro**
  - 2.2. La historia de la post mortem en el derecho argentino**
  - 2.3. Los problemas del consentimiento presunto o desde el más allá**
- 3. La justicia francesa**
- 4. La justicia inglesa**
- 5. Breves palabras de cierre**
- 6. Bibliografía**
- 7. Tabla de jurisprudencia citada**

## 1. *Introducción*

El desarrollo de la ciencia observa un crecimiento exponencial. Un ejemplo elocuente es lo que acontece en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), en el que ya no se debate -al menos con tanta fuerza- si este tipo de práctica médica es subsidiaria o principal, la posibilidad de que este tipo de procedimiento sea con material genético proveniente de un tercero, o la utilización de embriones como sucede en la fertilización in vitro (en adelante FIV), y la necesidad de criopreservar los embriones sobrantes, más allá de que aún en ciertos países, como la Argentina, siga existiendo un silencio legal al respecto con la consecuente discusión doctrinaria acerca de los destinos posibles<sup>1</sup>.

¿Cuáles son, entonces, las disputas contemporáneas que giran en torno a las TRHA? Según el doble crisol teórico- práctico, es decir, desde el desarrollo académico y las noticias que se publican en medios de comunicación de amplia difusión, serían: 1) la fertilización post mortem (en adelante FPM<sup>2</sup>); 2) la denominada gestación por sustitución (en adelante GS) también conocida como maternidad subrogada<sup>3</sup>; 3) el diagnóstico genético preimplantacional -en particular, lo que implica o conlleva este tipo de estudio, ya sea para evitar el nacimiento de niños con severos problemas de salud o para que un niño pueda sanar a otro, denominado "DGP extendido"- y 4) un puñado de planteos bioéticos más actuales aún como los que genera el desarrollo del ADN mitocondrial o el trasplante de útero.

---

<sup>1</sup> Esta deuda pretende ser saldada en el proyecto de ley aprobado en la Cámara de Diputados en fecha 12/11/2014 (proyecto 4058-D-2014) que se encuentra a estudio en la Cámara de Senadores. ¿Qué se propone en esta pieza legislativa proyectada? Básicamente, que los destinos posibles son los siguientes: 1) criopreservación para posteriores tratamientos por parte de la persona o pareja; 2) donación a terceros; 3) donación a investigación 4) cese de la criopreservación decidida por la persona o pareja, estableciéndose ante el silencio el plazo de criopreservación por un máximo de 10 años y si tal actitud pasiva se mantiene, el régimen legal supletorio es el indicado en el numeral 3), es decir, la donación para el desarrollo de la investigación de conformidad con el derecho a gozar del beneficio de la ciencia tal como lo dispuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 28/11/2012, en el resonado caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" y reafirmado en el proceso de ejecución de sentencia en fecha 26/02/2016. Para profundizar sobre este proyecto se recomienda compulsar, entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2014), p. 1075; MUÑOZ GENESTOUX, R. (2014); KRASNOW, A. (2015), p. 132.

<sup>2</sup> ¿Fertilización o filiación post mortem? Si bien se la conoce como fertilización post mortem, lo cierto es que también involucra la filiación post mortem, de allí que la F como sigla podría encuadrar o representar ambas vertientes.

<sup>3</sup> Vastísima es la bibliografía sobre esta figura publicada en los últimos años, en especial y centrados en el derecho argentino, desde que el entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial la receptaba en el art. 562 y que fue quitada durante el trámite parlamentario. Más allá de esta decisión de política legislativa, lo cierto es que en la Argentina tiene aceptación jurisprudencial y cada vez mayor admisión en la doctrina a tal punto de contar hasta mediados del 2016 con 13 fallos difundidos en revistas jurídicas de amplia difusión, todos a favor de la gestación por sustitución. Es decir, reconociendo la filiación en cabeza de los comitentes (quienes han manifestado la voluntad procreacional) y no de la mujer que dio a luz. Para tener un primer acercamiento a modo de panorama general sobre esta cuestión en el derecho argentino recomendamos compulsar: LAMM, E. (2016), p. 1210; GIL DOMINGUEZ, A. (2015), p. 237; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2013), p. 195.

En esta oportunidad, nos centramos en el primero de los debates contemporáneos que aún siguen generando fuertes enfrentamientos doctrinarios como jurisprudenciales en varios ordenamientos legales. Nos referimos a la FPM que, a su vez, se puede entrecruzar con la GS. ¿A qué se debe este especial interés por el tema? Ciertos planteos harto conflictivos sucedidos en tres lugares del globo: Argentina, Francia –con incidencia o impacto en España- y Gran Bretaña.

De este modo, fácil se observa que la FPM no sólo constituye un conflicto actual, sino que, además, despierta el interés mediático y bioético de ordenamientos jurídicos muy diversos. ¿Se podrían esgrimir ciertos principios y reglas que sean comunes para el abordaje de esta temática con total independencia del orden jurídico comprometido? ¿Cómo juega en esta cuestión la tensión ancestral entre autonomía de la voluntad y orden público que tratándose de TRHA, se la podría encuadrar dentro de la contraposición entre conservadurismo y progresismo?

Para responder a estos interrogantes nos centraremos por razones de espacio y acercamiento teórico, en los avances y debates generados en el derecho argentino colocándose el eje en la noción de “consentimiento informado” entendida 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”<sup>1</sup>, la cual debe ser por escrita tal como lo prescribe el Código Civil y Comercial argentino (en adelante CCyC) en vigencia desde el 01/08/2015 para todo lo relativo a la filiación derivada por TRHA<sup>2</sup>, siendo que la FPM involucra en definitiva, una cuestión filial con respecto al niño/a que pueda nacer de un procedimiento con estas características en el que se destaca por el fallecimiento de una persona que exteriorizó-de manera expresa o presunta- la llamada “voluntad procreacional”, columna vertebral de este tipo o causa fuente filial<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Conf. art. 5 de la ley 26.529 de “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” sancionada por el parlamento argentino en el año 2009 y reafirmada en el art. 59 del Código Civil y Comercial.

<sup>2</sup> El art. 560 establece: “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”. El art. 561 se refiere a la “Forma y requisitos del consentimiento” disponiéndose: “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”. Por último, el art. 562 referido a la “Voluntad procreacional” consigna que “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>3</sup> Dispone el art. 558 del CCyC en el artículo con el que se inaugura el Título sobre “Filiación” del Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de familia” dedicado a las “Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos” que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

En definitiva, en el presente ensayo se pretende desentrañar el papel que cumple el consentimiento informado en los casos de FPM, profundizándose sobre su contenido y materialidad a la luz de los diferentes supuestos que puede involucrar esta tipología especial de reproducción asistida que coloca en crisis el derecho filial clásico.

## 2. *La justicia argentina contemporánea*<sup>1</sup>

### 2.1. El último precedente a modo de termómetro

En fecha 13/06/2016 una noticia periodística acaparó la atención de varios medios periodísticos argentinos. Se trata de un señor que falleció en un accidente ferroviario ocurrido el 13/09/2011 cuya esposa, acompañada por sus suegros (padres del fallecido) solicitaron judicialmente la extracción de material genético. Un juez hizo lugar a la petición. Años más tarde, la viuda pretende recurrir a un procedimiento de reproducción asistida para tener un hijo con dicho material, ante la negativa del centro de salud especializado, peticona a la justicia la correspondiente autorización para llevar adelante la práctica médica. El juzgado Nacional en lo Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia nro. 87 de la Capital Federal<sup>2</sup>, en fecha 05/05/2016 hizo lugar a la acción<sup>3</sup> y, en consecuencia, autorizó el uso del material del esposo fallecido hace casi 5 años<sup>4</sup>.

¿Es correcta la interpretación a la que arriba la jueza argentina en esta oportunidad? ¿Cuáles son los intereses en juego? ¿Cuáles pueden ser los peligros que se deriven de una interpretación benigna o a favor en la situación fáctica planteada? ¿Cuál sería la interpretación correcta a la luz de los principios que emanan del nuevo CCyC argentino, vigente desde el 01/08/2015, ante la falta de regulación expresa de la FPM?

Antes de pasar a responder brevemente estos interrogantes, es de interés dejar en claro que este planteo no es el primero, sino que ha habido uno anterior que no tuvo la repercusión mediática que el caso más reciente y que se analiza en esta oportunidad.

---

<sup>1</sup> Para profundizar sobre los principales debates en torno a la FPM generados tras la propuesta de regulación en el entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial ver entre tantos otros, FAMA, M. V. (2014); DE LA TORRE, N. y UMAN, N. (2012), p. 122 y ss. y PÉREZ, A. (2014).

<sup>2</sup> También conocida como Ciudad de Buenos Aires.

<sup>3</sup> Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil nro. 87, 05/05/2016, “N. O. C. P. s/Autorización” publicado en la Revista on line El Dial, 10/06/2016, elDial AA9766.

<sup>4</sup> Con nota de SAMBRIZZI, Eduardo A. (2016); GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2016); HERRERA, Marisa (2016) y, de manera más reciente, BARBÓN LACAMBRA, José A. A. (2016).

Nos referimos al caso resuelto por la Cámara 3ra de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza en fecha 07/08/2014<sup>1</sup> en el que también se hizo lugar al pedido de transferencia post mortem a favor de una mujer que había conseguido con anterioridad, autorización judicial para extraer material genético del cuerpo de su esposo fallecido. Aquí los argumentos esgrimidos fueron, básicamente, los siguientes: 1) el acceso integral a las TRHA que recepta la ley 26.862 del 2013, que si bien se interesa en la cobertura médica, lo cierto es involucra más que ello; 2) el derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a las TRHA que se derivaría del derecho a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar; 3) se le resta toda eficacia a la falta de consentimiento por dos razones: a) la falta de derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible y b) que ni en el ámbito de la sucesiones puede alegarse que el ordenamiento jurídico otorgue "derecho" al causante de que se cumplan sus disposiciones mortis causa, pues los beneficiarios pueden renunciar a recibir las herencias o legados, y además a quien la legislación protege y legitima para reclamar es a esos beneficiarios o a otros preteridos, no al causante; y 4) que sólo las leyes que regulan la ablación y trasplantes de órganos y tejidos han establecido el respeto a la voluntad expresa del donante en vida, por tratarse de aspectos que la legislación considera ligados a los atributos de la personalidad y a la autodeterminación.

¿En el fallo más reciente se siguen los mismos argumentos? ¿Cambia y en ese caso, en qué sentido, a la luz de lo dispuesto en el nuevo Código Civil y Comercial que no solo regula de manera expresa la filiación derivada de las TRHA, sino que además se ocupa en los arts. 55 y 56 a los actos de disposición sobre el propio cuerpo?

## **2.2. La historia de la post mortem en el derecho argentino**

Contabilizándose el último precedente del 05/05/2016, el panorama jurisprudencial argentino es joven; se encuentran integrado por un total de cinco sentencias. La primera data del 21/11/2011; se trata de una sentencia dictada por el Tribunal de Familia N° 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires que involucra una pareja que se encuentra en procedimiento de reproducción asistida, en el ínterin, al señor le descubren una enfermedad oncológica y al tiempo fallece, meses después la mujer solicita al centro de salud la transferencia del material genético criopreservado y ante la negativa inicia un pedido de autorización judicial<sup>2</sup>. El segundo, es el fallo mendocino ya mencionado. El tercero es un precedente del Juzgado Nacional en lo Civil nro. 3 resuelto en fecha 03/11/2014 en el que también una mujer solicita obtener las muestras de semen de su marido fallecido y a la par, la cobertura médica del tratamiento post mortem<sup>3</sup>. El cuarto fallo resuelto el

---

<sup>1</sup> Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario – Mendoza, 07/08/2014, “S., M. C. s. Medida autosatisfactiva”, Rubinzal Culzoni, RC J 6303/14.

<sup>2</sup> Trib. Fam. n. 3 Morón, 21/11/2011, “G., A. P.”, Revista de Derecho de Familia n° III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 119.

<sup>3</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 3, 03/11/2014, “K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo”, La Ley online, cita: AR/JUR/53958/2014.

30/12/2015 del Juzgado Civil, Comercial, Lab. y de Minería N° 4 de Santa Rosa, La Pampa involucra un supuesto en el que existen embriones conformados por material genético del marido fallecido y óvulos donados que pretenden ser transferidos a la cónyuge superviviente con la consecuente cobertura médica<sup>1</sup>. El quinto y último es el que aquí se analiza de manera sintética a modo de disparador –juntos a dos casos planteados en el derecho comparado– a los fines de exponer los conflictos que genera la FPM advirtiéndose los diferentes supuestos fácticos y jurídicos que se pueden plantear.

Veamos, del total de los cinco precedentes, dos de ellos involucran de manera previa la autorización judicial de extracción de gametos post mortem; en otros dos, el fallecimiento acontece con posterioridad a la extracción de material consentida por quien estaba transitando por un procedimiento de TRHA y en uno sólo de ellos, se contaba con embriones conformados con material genético de la persona fallecida y óvulo donado. ¿Estas diferencias tienen alguna incidencia en la resolución de los casos? ¿En qué sentido y sobre la base de qué argumentos? ¿Importa que los primeros tres precedentes hayan sido resueltos bajo el régimen civil derogado y, por el contrario, el último fallo acá en estudio – junto con el fallo oriundo de la Pampa– lo sea ya vigente el CCyC?

Algo tienen en común todos estos precedentes: dan cuenta de la falencia que se deriva del silencio legislativo o, en otras palabras, de la importancia de contar con reglas jurídicas claras al respecto, siendo una situación que se presenta en la realidad y que lo será con mayor frecuencia a la par del mayor desarrollo y acceso a las TRHA.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el entonces Anteproyecto de reforma –antecedente directo del CCyC– regulaba de manera expresa la FPM del siguiente modo: “Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 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” (art. 563). Esta normativa fue quitada durante el debate parlamentario, por lo tanto, prima un silencio legislativo en lo relativo a la filiación en el supuesto especial de FPM, no así en el campo del derecho sucesorio cuyo art. 2779 referido a la capacidad para suceder se expresa que “Pueden suceder al causante: (...) c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561”. Como se puede observar, el CCyC prevé de manera restrictiva la capacidad de heredar de la persona que naciere como consecuencia de una FPM siempre que exista consentimiento informado en los términos que

---

<sup>1</sup> Juz Civ., Com., Lab. y de Minería N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015, “A., C. V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE S/ Amparo”, <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-1ra-inst-civ-com-lab-y-mineria-no4-santa-rosa-la-pampa-fertilizacion-post-mortem/>.

regula la normativa civil y comercial. ¿Qué sucedería si el primer procedimiento de TRHA fracasara? Al no poder contarse nuevamente con otro consentimiento informado, no sería posible llevar adelante un nuevo tratamiento por ausencia de voluntad procreacional debidamente exteriorizada en un consentimiento informado y formal. Esta limitación da cuenta del carácter restrictivo de la normativa sucesoria en análisis lo cual habilitaría a concluir que esta previsión habría quedado en el texto por omisión de quitarla cuando así se hizo con el mencionado art. 563 proyectado.

Por otra parte, cabe destacar que este articulado proyectado y evaporado del texto finalmente aprobado también generaba críticas muy acertadas. En primer lugar, hubiera dejado afuera de la FPM a 4 de los 5 casos planteados en la jurisprudencia argentina; es decir, sólo se hubiera permitido el supuesto resuelto por la jueza pampeana al tratarse de embriones. El resto de los supuestos comprometidos deberían haberse rechazado porque se trataba de gametos, ya sean extraídos en vida o post mortem, no de embriones. ¿Esta era una postura legislativa acorde con el desarrollo de la ciencia y en particular, el debate –ya sorteado en varios países, no así en Argentina- en torno a la naturaleza jurídica del embrión no implantado?

Si bien es cierto que el CCyC argentino se perdió una valiosa oportunidad de regular el tema en análisis –por presiones de un actor social muy conservador y siempre activo en las temáticas relacionadas con las familias como lo es la Iglesia Católica- lo cierto, es que la quita del articulado durante el debate parlamentario ha sido acertada. Sucede que permitir la FPM sólo ante la existencia de embriones in vitro constituye una opción legislativa sumamente restrictiva es decir, absolutamente contraria a la idea de que el embrión no es persona debiendo tener, en materia de FPM, el mismo tratamiento jurídico que los gametos de conformidad con la doctrina que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado fallo “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” del 28/11/2012<sup>1</sup> y reafirmado en el fallo del 26/02/2016 en el proceso de seguimiento o cumplimiento de sentencia<sup>2</sup>.

En otras palabras, si se hubiera sancionado el código tal como estaba proyectado, se hubiera incurrido en una manifiesta contradicción, no sólo a la luz de la jurisprudencia convencional citada, sino también del propio CCyC que remite a una ley especial para la regulación del embrión in vitro admitiéndose entonces que no es persona, sino debería estar regulado en la legislación civil; o el art. 20 del mismo CCyC que entiende por concepción el plazo máximo y mínimo de duración de un embarazo, siendo que hay persona recién a partir de la concepción (art. 19) como sinónimo de embarazo y siempre sujeto al nacimiento con vida (art. 21);

---

<sup>1</sup> Para profundizar sobre este tema se recomienda compulsar entre tanta bibliografía KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2013), p. 907; MONJO, S. (2013), p. 223; MUÑOZ, G. F. (2014), p. 180; LABOMBARDA, P. M. (2014), p. 184; ARGANARAZ, M. y MONJO, S. (2013), p. 223.

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26/02/2016, “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Supervisión de cumplimiento de la sentencia, AR/JUR/5231/2016, con comentario de KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2016), p. 357 y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El caso `Artavia Murillo II': la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto”, disponible en <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2016/04/el-caso-artavia-murillo-ii-la-corte.html>, compulsada el 07/09/2016.



habilitándose también la revocación del consentimiento informado hasta antes de producida la transferencia del embrión en el cuerpo de una persona (art. 561). En esta misma línea, la ley 26.862 de Acceso Integral a las TRHA prevé la cobertura de la criopreservación y donación de embriones, para lo cual se debe partir de la idea de que los embriones no son persona, de lo contrario, no se podrían criopreservar y mucho menos donar.

Por todo esto, excluir del texto proyectado la filiación derivada por TRHA post mortem tal como se la pretendía regular fue, en definitiva, una decisión legislativa acertada. Ahora bien, el silencio legislativo no sería la postura más adecuada dada la importancia que tiene la ley para dar previsibilidad y colaborar en la pacificación de relaciones humanas. ¿Qué debería decir entonces, una futura normativa al respecto? ¿Ello podría ser replicado o ser de utilidad para actualizar el debate en otros ámbitos jurídicos comparados?

### 2.3. Los problemas del consentimiento presunto o desde el más allá

Veamos el siguiente ejemplo hipotético que involucraría otro acto personalísimo familiar más común que las TRHA.

Hoy es el día en que Ana contraerá matrimonio con su novio de toda la vida, camino al registro civil el auto que la conducía hasta allí hace una pésima maniobra, el rodado da varios giros y ella fallece. Nadie duda que la intención, el deseo de Ana, era contraer matrimonio con Juan, pero también no hay duda alguna que Ana y Juan no han contraído matrimonio. El consentimiento, la exteriorización o declaración de la voluntad constituye un acto de suma relevancia en el campo civil, máxime cuando se trata de derechos personalísimos como lo es el matrimonio, o tener un hijo por técnicas de reproducción humana asistida en el que confluyen dos vertientes o aspectos del consentimiento informado: 1) por tratarse de una práctica médica y la relevancia de la autonomía de la voluntad en este marco y 2) por la finalidad de dicha práctica como lo es tener un hijo y el consentimiento informado como exteriorización de la voluntad procreacional (art. 562), causa fuente de la filiación derivada de TRHA, siendo necesaria justamente por esta relevancia que tal voluntad quede materializada en un consentimiento escrito.

En total consonancia con esta supremacía de la voluntad en el campo de los derechos personalísimos, el citado art. 56 del CCyC, referido a los “Actos de disposición sobre el propio cuerpo”, expresa: “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”<sup>1</sup>. De este modo, así como la ablación de órganos

---

<sup>1</sup> Asimismo, cabe resaltar que el artículo anterior, el 55 refiriéndose de manera general a “Disposición de derechos personalísimos” dispone que “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

constituye una excepción a la regla, la extracción post mortem de material genético caería dentro de la regla; es decir, no estaría alcanzada por la posibilidad de que terceros –por más interés que tengan- puedan decidir sobre un acto que depende sólo y únicamente de la voluntad de la propia persona.

Esta mirada negativa en torno al consentimiento presunto, también se vincula con otra modalidad del consentimiento como lo es el denominado consentimiento por representación<sup>1</sup>. ¿Qué lugar le cabe a la esposa y a los padres de la persona fallecida, herederos forzosos, en la decisión de ser padre? La respuesta debería ser ninguna. Al respecto, en el fallo en análisis se dice, en el “acta de audiencia convocada por la suscripta a la peticionante y padres del fallecido en su carácter de herederos legítimos”. Asimismo, para la resolución del caso se prestó especial atención a la conformidad de los padres del fallecido como si éste fuera un elemento sobresaliente. ¿Entonces la resolución del caso hubiera sido diferente si el fallecido hubiera tenido una hija con otra mujer y ésta se hubiera opuesto a la transferencia post mortem? ¿Y si con el tiempo aparece un hijo fruto de una relación anterior -o en paralelo a su matrimonio, lo cual es fácticamente posible- iniciándose un reclamo de paternidad post mortem? ¿Este hecho obstaculizaría o incidiría de algún modo en la autorización judicial pertinente para la transferencia post mortem? Más aún. Como en el fallo en estudio, los padres del fallecido prestan conformidad a la autorización judicial. Años más tarde, ellos fallecen y sus hijos se presentan en el sucesorio conjuntamente con el niño cuya filiación se determinó post mortem. ¿Los tíos podrían interponer alguna defensa para excluir a su supuesto sobrino que interviene en el sucesorio por derecho de representación?

De conformidad con lo expresado por el citado art. 2279 que se refiere de manera precisa a la existencia de consentimiento informado en los términos previstos en el art. 561, es claro que el supuesto fáctico-jurídico de FPM que involucra el último precedente argentino no está previsto en la norma, por lo tanto, si naciera un niño de la transferencia post mortem que autoriza la jueza de familia subrogante, no tendría capacidad para heredar. Sucede que no hay consentimiento “previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida” (art 560).

Otro elemento no menor se refiere al plazo de 5 años entre que se logró la extracción post mortem por orden judicial y el fallo en análisis que hace lugar al pedido de autorización judicial de transferencia post mortem. Esto nos conduce a un debate bastante complejo y ríspido en torno a cuándo se considera que existe un plazo razonable para que el proyecto parental siga siendo entre la cónyuge supérstite y su marido fallecido o, por el contrario, cuando se trataría de un proyecto unipersonal para lo cual podría directamente utilizarse material genético de un banco. ¿Y si la cónyuge hubiera fallecido años después, los padres podrían haber solicitado la

---

<sup>1</sup> El consentimiento por representación es un tema de gran desarrollo en el derecho español, en particular cuando se trata de personas menores de edad o con discapacidad. Como síntesis de esta cuestión, cabe traer a colación la reforma introducida por la ley 26/2015 del 28 de julio a la ley a la Ley 41/2002 del 14 de noviembre que regula la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

transferencia post mortem del material extraído por autorización judicial a otra mujer que se hubiera prestado a ello?

En lo relativo a la extracción post mortem y a la luz del ordenamiento vigente, no sería posible que un juez haga lugar a un pedido de autorización judicial de conformidad con la regla que rige en materia de actos de disposición del propio cuerpo en el art. 56 del CCyC, no previéndose una excepción como sí acontece con la regulación en materia de trasplante de órgano. ¿Debería admitirse legalmente la extracción post mortem? ¿En qué supuestos o bajo qué condiciones? Para responder a este interrogante como también, en definitiva, a todos los que general la FPM, debería apelarse a herramientas no jurídicas.

En esta línea, sería importante contar con el aporte proveniente de otras áreas del saber, en especial la psicología, que mucho tendrían para decir en la temática aquí en estudio. ¿Cuál es el papel de los padres del hijo fallecido en este supuesto proyecto de parentalidad? ¿Cómo se construye un proyecto de parentalidad post mortem cuando no fue pensado en estos términos con quien falleció?

En definitiva, ¿se podría tildar de “progresista” al fallo en análisis? Con solo recordar que la jueza subrogante dijo: “Resta mencionar el principio de respeto por la verdad biológica que es 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. Además, en la audiencia mantenida, me ha expresado ser consciente del desafío que significa su petición tanto para ella como para el futuro hijo, pero no dudaría en requerir orientación profesional en el momento que resulte necesario (...)”, fácil se advierte que la cuestión es un tanto más compleja.

El progreso en el campo de la bioética debería tener muy en cuenta a modo de cimiento el respeto por la libertad, es decir, priorizar la decisión de los propios protagonistas y de la aceptación de que las TRHA constituyen una tercera causa fuente filial con reglas propias, en el que la tradicional “verdad biológica” no tiene el mismo peso que en la filiación por naturaleza; y que niño y embrión son dos cuestiones muy diferentes, asemejándose el embrión más a los gametos o material genético cuando se trata de filiación derivada de TRHA<sup>1</sup>. Estas sí son distinciones que hacen a miradas más “progresistas”.

### 3. *La justicia francesa*

---

<sup>1</sup> Justamente, cuando el CCyC se refiere a la revocación, lo hace ya sea que se trate de “concepción en la persona o la implantación del embrión”, en este sentido, se puede revocar existiendo material genético o embrión.

Un caso que ha tenido repercusión mediática en Francia y que repercute de manera directa en España, es el caso que resolvió el Consejo de Estado francés en fecha 31/05/2016. Se trata de un acción iniciada por una mujer ante un juez de *référé*<sup>1</sup> del tribunal administrativo de París, con fundamento en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, con el objetivo de que ordene a la Asistencia Pública –Hospital de París- y a la Agencia de Biomedicina, que adopten las medidas necesarias a fin de permitir se exporten los gametos de su marido fallecido el 09/07/2015 a un establecimiento de salud especializado español para realizar un procedimiento de reproducción asistida.

Al respecto, cabe señalar que la FPM está prohibida en el ordenamiento jurídico francés<sup>2</sup> como en otros países como Alemania, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Hong Kong, Italia, Japón, Noruega, Singapur, Eslovenia, Suecia, Suiza y Taiwán; no así en el derecho español que la regula en el art. 9 de la ley 14/2006 dedicado al supuesto de “Premoriencia del marido”<sup>3</sup>.

En el derecho francés, el artículo L. 2141-2 del Código de la salud pública expresa: “La asistencia médica a la procreación tiene por objeto remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de cierta gravedad. El carácter patológico de la infertilidad debe estar médicamente diagnosticado. El hombre y la mujer que conformen la pareja *deben estar vivos*, en edad de procrear y *consentir previamente la transferencia de embriones o la inseminación*. *Configuran obstáculos a la inseminación o a la transferencia de embriones el deceso de uno de los miembros de la pareja*, la presentación de una demanda de divorcio o de separación de hecho o la cesación de la vida en común, así como la revocación por escrito del consentimiento por el hombre o la mujer ante el médico encargado de llevar a cabo la asistencia médica para la procreación”<sup>4</sup>. Por otra parte, en lo relativo al traslado del material

---

<sup>1</sup> En Francia existen jueces de *référé*, es decir, jueces con competencia en medidas urgentes. No existe una palabra exactamente equivalente en la lengua española por lo que se ha decidido mantener la denominación en el idioma de origen.

<sup>2</sup> Para conocer el panorama general sobre la filiación por procreación medicamente asistida en Francia y en particular, sobre la FPM se recomienda compulsar COURBE, Patrick (2005), pp. 373-401. Y desde la perspectiva comparada ver “Étude de législation comparée n° 193 - janvier 2009 - L'accès à l'assistance médicale à la procréation” en [https://www.senat.fr/lc/lc193/lc193\\_mono.html](https://www.senat.fr/lc/lc193/lc193_mono.html) compulsado el 06/09/2016.

<sup>3</sup> Dispone el art. 9: “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>4</sup> El destacado nos pertenece.

genético, el artículo L. 2141-1 de la misma legislación referida a la salud pública expresa: “La importación y la exportación de gametos o de tejidos germinales procedentes de un cuerpo humano son sometidos a una autorización emitida por la Agencia de biomedicina. Sólo un establecimiento, un organismo o un laboratorio titular de la autorización prevista en el artículo L. 2142-1 para ejercer una actividad biológica de asistencia médica para la procreación, puede obtener la autorización prevista en este artículo. Toda violación de las prescripciones establecidas por la autorización de importación o de importación de gametos o de tejidos germinales implica la suspensión o el retiro de dicha autorización por la Agencia de Biomedicina”.

El juez interviniente rechazó la demanda. La actora apela el 08/02/2016 ante el Secretario en lo Contencioso del Consejo de Estado francés, organismo que se expide el 31/05/2016 a favor de lo peticionado, es decir, hacer lugar al traslado del material genético del esposo fallecido a un centro de salud español, siendo que este país admite la FPM<sup>1</sup> como también otros ordenamientos jurídicos como África del Sur, Australia, Austria, Bélgica, Grecia, España, India, Israel, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido.

Los principales argumentos o consideraciones de fondo que se esgrimen para arribar a esta solución son los siguientes<sup>2</sup>: 1) como principio, se afirma que la regulación prohibitiva de la FPM que rige en el derecho francés no viola el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos referido al respeto por la vida privada y familiar, de conformidad con el reiterado principio de “margen de apreciación de los Estados” al que apela el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con tanta frecuencia en el campo de los derechos personalísimos y de las relaciones familiares, es decir, las temáticas hartamente sensibles; 2) que si bien la legislación dispone que los gametos depositados en Francia puedan ser objeto de exportación siempre que sean destinados en el extranjero para fines no prohibidos en el territorio francés; se entiende que estas disposiciones no desconocen por sí mismas, las exigencias que nacen del mencionado artículo 8 de la Convención europea; 3) que tales aseveraciones no obstaculizan a que en ciertas circunstancias particulares, la aplicación de esos principios puedan configurar una injerencia desproporcionada en los derechos garantizados por la propia Convención; en este contexto el interrogante central consiste en discernir si el Código de la salud pública “configura o no una afectación manifiestamente

---

<sup>1</sup> Para un primer acercamiento actual sobre el desarrollo de la FPM en el derecho español recomendamos compulsar RODRIGUEZ GUITIÁN, A. (2015), pp. 292-323, en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/121.pdf>, compulsada el 12/07/2016. Este trabajo es una actualización de una labor de investigación que desarrolla esta autora plasmada en la obra “Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Colección Privado, 102, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Siendo que la primera ley de reproducción asistida española, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida regulaba de manera similar la cuestión de la FPM, en el derecho español se cuenta con mayor desarrollo teórico sobre esta temática. Un análisis comparativo se puede obtener al compulsar FÉRNANDEZ CAMPOS, Juan Antonio (2007), p. 305 y ss.; FUENTES TOMAS, Pilar (2012), disponible en [http://www.elderecho.com/civil/filiacion-Ley-tecnicas-reproduccion-asistida\\_11\\_373180001.html](http://www.elderecho.com/civil/filiacion-Ley-tecnicas-reproduccion-asistida_11_373180001.html), compulsado el 7/09/2016; BARBER CÁRCAMO, R. (2010), p. 25-37; CANTERO GARCÍA, Gabriel, “La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida”, disponible en <http://www.bioeticaweb.com/byline/gabriel-garcia-canero/>, compulsada el 07/09/2016 y GARRIGA GORINA, Margarita, “Atribución de la paternidad al marido de la madre en las técnicas de reproducción asistida”.

<sup>2</sup> No se aborda en esta oportunidad cuestiones de índole formales en torno a la obligación o no de pronunciarse por parte del juez de “medidas urgentes” que fueron planteadas y resueltas en el caso en análisis.

excesiva al derecho a que se respete la vida privada y familiar de la Sra. C.A., garantizada por el artículo 8 de la Convención europea de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales”; 4) la respuesta positiva se impone de conformidad con la plataforma fáctica planteada en el caso y por lo tanto, la ausencia de fraude por parte de la mujer que peticiona el traslado de los gametos a España. Veamos, aquí la Sra. C. A. y su marido habían proyectado tener un hijo; debido a una gravedad que afectó al señor M. B. cuyo tratamiento implicaba el riesgo de dejarlo estéril- se procedió a de manera preventiva, a extraer esperma y criopreservarlos en un centro de salud para que en un futuro pudieran someterse a TRHA. Este proyecto no pudo llevarse a cabo porque el señor M. B falleció al poco tiempo. Éste había consentido expresamente que su esposa pudiera inseminarse con su material genético de manera post mortem, en España, país de origen de la Sra. C.A., si los intentos realizados en Francia, en vida de él, resultaran infructuosos; y 5) la urgencia de la petición dado que la legislación española autoriza la FPM dentro del año de producido el fallecimiento.

De conformidad con los argumentos sintetizados, el Consejo de Estado ordena a la Asistencia pública -hospital francés y Agencia de Biomedicina- que adopten las medidas necesarias a fin de permitir la exportación de gametos de M.B. hacia un establecimiento de salud español autorizado a practicar procreaciones médicamente asistidas, dentro de los siete días de notificada la decisión.

Como se puede observar, las prohibiciones traen consigo ciertas dificultades y paradojas como acontece en este caso. No sólo el gasto que significa llevar adelante un procedimiento de TRHA en el extranjero, sino también el riesgo que insume todo traslado de material genético, y la angustia de someterse a una práctica invasiva como esta en soledad o alejada del lugar de pertenencia. Máxime cuando las distancias entre los países cada vez se acortan más por la facilidad en el traslado y en la comunicación más fluida entre los distintos establecimientos especializados, por ende, poca utilidad o “efecto prohibitivo” tiene que se deniegue la FPM en un país cuando en el de al lado se lo permite encontrándose tan cerca. En este contexto, cabría preguntarse si la prohibición de la FPM que recepta el derecho francés -y otros tantos países- debería ser mantenida o si, por el contrario, en respeto por la vida privada o íntima y familiar - derecho humano comprometido en la temática en estudio y en general, en las TRHA- no sería más acorde su permisón y en ese caso, bajo qué condiciones o cómo debería ser la regulación adelantándose que el consentimiento informado por escrito y específico o especial a la posibilidad de que se produzca el fallecimiento de quienes pretenden llevar adelante un proyecto parental por uso de las TRHA debería ocupar un lugar central.

#### 4. *La justicia inglesa*

Más complejo aún sería el caso planteado ante la justicia londinense entre mediados del 2015 y abril del 2016, en el que se permite la FPM<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Conf. Numeral 39 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008 referido al “Uso de esperma, o la transferencia de embriones, después de la muerte del hombre que aporta el esperma”.

En fecha 15/06/2015<sup>1</sup>, el Tribunal Real de Justicia de Londres se expidió ante el pedido de una madre de implantarse los gametos de su hija fallecida criopreservados en una clínica de Estados Unidos. Sintéticamente, la plataforma fáctica es la siguiente.

Una mujer de 28 años (A.M), hija única, falleció el 12/6/2011 de cáncer. A.M, sin pareja, había comenzado a realizar un procedimiento de TRHA por el cual se había procedido a criopreservar sus óvulos sin fertilizar en un centro de salud en Nueva York, Estados Unidos. Asimismo, había dejado firmado un consentimiento informado que permitía el almacenamiento póstumo de esos óvulos.

Su madre (M) de 58 años de edad, puso de resalto que su hija antes de morir había manifestado su deseo de que uno o más de sus óvulos sean implantados en ella mediante la utilización de esperma donado. Esto no fue plasmado por escrito, siendo este el argumento más fuerte (la falta de consentimiento informado por escrito) que sustenta la negativa del tribunal a hacer lugar al pedido; pedido que había sido rechazo con anterioridad en tres oportunidades por la autoridad de aplicación en TRHA de Gran Bretaña conocida por sus siglas en inglés HFE<sup>2</sup>. En este marco, se afirma de manera precisa “Que los gametos de una persona o células humanas no deben ser utilizados para llevar a cabo la creación de cualquier embrión in vitro a menos que exista un consentimiento efectivo por esa persona”.

Por otra parte, en la sentencia se puntualiza que la HFE opinó que la expresión de deseos a la cual se refiere la madre por parte de su hija, fue realizada sin información suficiente para que A.M pudiera comprender plenamente las consecuencias de tal declaración y los temas involucrados, en especial, los riesgos que se derivan para su progenitora en relación con la maternidad subrogada y las implicancias legales de tales acuerdos.

Siguiéndose esta línea argumental, se concluye que si bien se sabe que el rechazo al pedido de la Sra. M, madre de quien dejó el material genético póstumo, implicaría la destrucción de los óvulos y la frustración de los deseos de madre e hija de que la primera tenga un hijo con el material genético de su hija y un donante de esperma “en honor a los últimos deseos de su hija” y por lo tanto, interfiriéndose en su vida privada y familiar; lo cierto es que se desestima el pedido por no haberse dado cumplimiento a los requisitos necesarios o de validez del correspondiente consentimiento informado.

La madre apela la decisión y el Tribunal de Apelaciones de Londres dicta sentencia, el 14/02/2016<sup>3</sup>, revirtiendo la negativa y, por lo tanto, haciendo lugar al planteo de la madre. Para resolver en este sentido, se puso de resalto que tanto la HEF como el juez interviniente habían

---

<sup>1</sup> <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed145462>, compulsada el 02/07/2016.

<sup>2</sup> Human Fertilisation and Embryology Authority, <http://www.hfea.gov.uk/>

<sup>3</sup> <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed159321>, compulsada el 02/07/2016.

sido demasiados estrictos y, por lo tanto, no habían tenido suficientemente en cuenta la condición terminal de AM, y en general, las circunstancias especiales que se daban en el caso y que la madre había esgrimido y probado. En la sentencia se explicita “Que la reacción inicial fue negar el permiso, pero fui persuadido por la defensa de la Sra. M. y sus argumentos merecen la atención del tribunal en pleno”. En este marco, se entendió que eran suficientes los argumentos brindados por la madre de A. M., fallecida, que justifican la concesión del permiso centrado en las circunstancias esgrimidas y no en un enfoque indebidamente tan riguroso como el adoptado por las instancias anteriores.

El consentimiento informado formal cumple un rol esencial en el campo de la filiación derivada de las TRHA; el que tendría como elemento adicional tratándose de FPM el ser particular o específico al proyectarse lo que acontecería en el supuesto de fallecimiento de quien o quienes quieren ser padres. En este contexto, cabría preguntarse si sería posible apelar a la noción de consentimiento presunto y probar por diferentes medios de prueba la supuesta intención de una persona para un derecho personalísimo como lo es tener un hijo más conocido como “voluntad procreacional”. Si acaso las exigencias no deberían ser mayores cuando se trata de supuestos de FPM. Si sólo sería viable permitirse la FPM cuando se trata de proyectos parentales conjuntos y no unipersonales. Y de manera más compleja aún, el posible entrecruzamiento entre FPM y la figura de la gestación por sustitución. ¿Acaso el “todo vale” o la falta de limitaciones a las TRHA podrían obstaculizar el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico<sup>1</sup>? En otras palabras, conflictivas como las sintetizadas en los casos actuales acontecidos en la jurisprudencia argentina, francesa e inglesa permiten reavivar el debate en torno a la noción de “progreso” y sus límites, si es que debería haber, en qué sentido o con qué finalidad.

## 5. Breves palabras de cierre

A esta altura del desarrollo de la ciencia, es sabido que el uso de las TRHA ha generado nuevas y complejas disyuntivas en el campo jurídico. Algunas de ellas deben ser resueltas desde la obligada perspectiva interdisciplinaria. Sin lugar a duda, la FPM integra este grupo de

---

<sup>1</sup> Cabe destacar que en el primer y único caso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió sobre las TRHA, del 28/11/2012, el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, puso de resalto en torno a este derecho humano que “el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada personas” (párrafo 150).



conflictivas en el que un principio rector en el campo filial como lo es el interés superior del niño observa ciertas particularidades. ¿Acaso es posible evaluar este verdadero eje rector en todo lo relativo a los derechos de niños y adolescentes cuando un niño aún no ha nacido? Algo similar acontece con otra figura compleja que integra la filiación derivada de las TRHA como lo es la mencionada gestación por sustitución. ¿Cuál es el deseo de los adultos -y en el caso específico de la FPM, no sólo de quienes quieren ser padres, sino también se extiende al de sus propios familiares y también herederos- y el lugar que ocupa el desarrollo de la ciencia en la reproducción asistida? ¿Cómo regular cuando las situaciones fácticas son cada vez más variadas, incluso permitiendo el entrecruzamiento de dos figuras con lo son la FPM y la GS? ¿Limitar la aceptación jurídica de la FPM en determinados supuestos conculcaría la noción de “progreso” y pluralismo que, en definitiva, ha permitido el desarrollo y perfeccionamiento de las TRHA? En caso afirmativo, en qué supuestos y bajo qué fundamentos o argumentos que sean razonables y respeten los derechos humanos involucrados.

Parecería ser un error bastante común en el que suelen incurrir quienes no están formados en la perspectiva de los Derechos Humanos y nos adjetivan de “progresistas” a quienes estamos a favor de la pluralidad de formas de organización familiar, entender que aludir a los Derechos Humanos implica desatender, omitir o ningunear a la legislación civil o de salud según el ordenamiento que se trate. Nada más alejado de ello. Todo lo contrario, la denominada “constitucionalización del derecho civil” lo que hace es, precisamente, colocar a las normas civiles en su justo lugar y para ello, es necesario tener un conocimiento integral del derecho que va más allá del derecho civil. En este sentido, es dable destacar la bienvenida puesta en crisis que se observa desde hace varios años de la clásica clasificación -y ya perimida- entre derecho público y derecho privado. En este contexto, es decir, siempre bajo el prisma de los Derechos Humanos, no “todo vale” y precisamente, bajo esa misma lógica, hay decisiones jurisprudenciales que estarían en consonancia o en absoluta disonancia con ella. ¿Acaso extraer material genético post mortem, por una orden judicial y sin el correspondiente consentimiento informado de la persona se puede considerar una solución respetuosa de los derechos humanos y “progresista”?

Con la finalidad de sentar las bases sobre la cual se debería elaborar la regulación en materia de FPM sin desvirtuar la noción de progresismo y pluralidad que junto a la de laicidad - verdaderos pilares para el desarrollo jurídico de las TRHA- se debería volver a la fuente de la filiación en esta materia: la voluntad procreacional exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado formal y específico o especial por encontrarse comprometidos derechos personalísimos. Esta debería ser la brújula que guíe el camino de cualquier regulación al respecto, siempre partiéndose de la aceptación de la FPM, es decir, de una mirada benigna en torno a ella, pero cuidada y bajo reglas claras.

Desde este contexto, fácilmente se advertiría que la resolución arribada en la más reciente jurisprudencia argentina conculca dichos cimientos al apelarse a la extraña noción de consentimiento presunto, es decir, la ausencia de consentimiento informado. Algo similar es lo acontecido en el caso londinense, en el que también se carece de un consentimiento informado, máxime en una situación tan compleja como lo es que una madre geste un niño con el material

genético de su única hija fallecida. De mínima –más allá del abordaje interdisciplinario que es evidente en este tipo de planteos- lo cierto es que no hubo ningún consentimiento informado, con las implicancias que se derivan de ello.

Diferente sería el caso francés con repercusión directa en el derecho español ya que la inseminación póstuma se haría en España por autorización judicial emitida del Consejo de Estado francés. Aquí sí se contó con el correspondiente consentimiento informado, incluso, se previó el traslado del material a ese otro país. Además, por la regulación prevista en la ley española 14/2006, se establece el plazo de un año para que se lleve adelante el procedimiento de transferencia, por lo cual, de esta manera se asegura que la voluntad procreacional lo sea en el marco de un determinado proyecto parental. ¿Acaso el caso argentino en el que la autorización judicial a la transferencia acontece 5 años después del deceso puede decirse que se mantiene el proyecto parental o corrobora más la imposibilidad o dificultad de hacer el duelo por la muerte de un hijo-marido?

Reafirmar la importancia o el lugar central que ocupa la voluntad procreacional debidamente exteriorizada a través del consentimiento informado en el campo de la FPM, a la vez, permitirá brindar soluciones a planteos más complejos aún como son aquellos que entrecruzan este tipo de fertilización con otra como lo es la gestación por sustitución.

¿Y si no se permite la FPM porque se carece del correspondiente consentimiento informado formal y específico, ello implica la destrucción o donación para terceros o investigación del material o embriones conformados por gametos de una persona fallecida? La respuesta positiva se impondría. Ello no podría ser nunca tildado en abstracto como algo negativo porque, de hecho, las TRHA plantean dentro de su ámbito de actuación situaciones en las cuales se pierden o descartan gametos como embriones. Es más, esta situación podría ser adjetivada de “mal menor” al tenerse en cuenta que del otro lado de la balanza está la carencia de voluntad procreacional materializada en el correspondiente consentimiento informado y formal, con el peso que tiene ello en las TRHA en general y en la FPM en particular, agregándose como elemento central la previsibilidad, es decir, el representarse la posibilidad de un eventual hecho trágico como lo es el fallecimiento.

En suma, como lo ha señalado George Bernard Shaw: “La ciencia nunca resuelve un problema sin crear otros 10 más”. Bienvenidas las distintas voces jurisprudenciales provenientes de diferentes latitudes para mostrar y demostrar que la FPM ostenta varias facetas e involucra disímiles intereses y derechos sobre los cuales aún restan indagar y profundizar. Si el presente artículo colabora en esta actividad pendiente, el objetivo está cumplido.

## 6. Bibliografía

Mariangel ARGANARAZ y Sebastián MONJO (2013), "La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", de 28/11/2012", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, (marzo) 2013, p. 223.

José A. A. BARBÓN LACAMBRA (2016), "Fecundación asistida post mortem. Más allá de la vida y del Código, más acá del Derecho", *Revista Interdisciplinaria de Familia* - Número 6 - septiembre 2016, Cita: IJ-CXXIX-292.

Natalia DE LA TORRE y Nadia UMAN (2012), "Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad", *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, 2012-III-122.  
Esther FARNOS AMOROS (2011), *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona.

María Victoria FAMÁ (2014), "La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida", JA 2014-I.

Andrés GIL DOMÍNGUEZ (2016), "Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida", LA LEY 2016-D, 219.

---, (2015): "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", *Revista de Derecho de Familia y Persona*, 2015 (diciembre), La Ley, Buenos Aires, p. 237.

Marisa HERRERA (2016), "El consentimiento informado prestado desde el más allá y presumido en el más acá. A raíz de un resonado fallo sobre filiación post mortem", *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, Nro. 14 - 05.07.2016.

Marisa HERRERA y Eleonora LAMM (2015), Capítulo VIII "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", AAVV, *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires, ps. 295-453.

Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA y Eleonora LAMM (2014), "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima", *La Ley*, Ciudad de Buenos Aires, 27/11/2014, 1, La Ley 2014-F, 1075.

---, (2013), "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", *La Ley*, Buenos Aires, LA LEY 2013-A-907.

---, (2013), "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", *La Ley*, Buenos Aires, LA LEY 2013-D, 195.

Adriana KRASNOW (2015), "A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista Derecho de Familia y Persona*, 2015 (marzo), La Ley, Buenos Aires, p. 132.

Pablo M. LABOMBARDA (2014), "El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2014 (mayo), La Ley, Buenos Aires, p. 184.

Eleonora LAMM (2016) "Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia", *La Ley* 2016-A, 1210.

Sebastián MONJO (2013), "La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", de 28/11/2012", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (marzo), La Ley, Buenos Aires, p. 223.

Rosalía MUÑOZ GENESTOUX (2014), "Algunas discusiones a la espera de la regulación integral de las técnicas de reproducción humana asistida", *La Ley*, Buenos Aires, 2014. Cita online AP/DOC/1151/2014.

Fabián Gerardo MUÑOZ (2014), "Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (agosto), La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 180.

Agustina PÉREZ (2014), "Fertilización post mortem: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país", *JA* 2014-I.

Alma RODRIGUEZ GAITAN (2015), "La reproducción artificial post mortem en España Estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Rev. Boliviana de derecho* n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 292-323, en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/121.pdf>

Eduardo A. SAMBRIZZI (2016), "Tratamiento de procreación asistida con material genético de pareja fallecida. Pedido de autorización judicial", *LA LEY* 2016-D.

## 7. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
Juzgado Nacional en lo Civil, nro. 87, 05.05.2016	El Dial AA9766	Celia E. Giordanino	N. O. C. P. s/ Autorización
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario Mendoza, Sala Tercera, 07.04.2014	RC J 6303/14	Graciela Mastrascusa	S., M. C. s. Medida autosatisfactiva
Tribunal de Familia, N° 3, Morón, 21.11.2011	Abeledo Perrot, Buenos Aires	Vilma Antolina Recorder	G., A. P.
Juzgado Nacional en lo Civil, nro. 3, 03.11.2014	La Ley AR/JUR/53958 /2014	Eduardo Enrique Cecinini	K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo
Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería, N° 4, Santa Rosa, La Pampa, 30.12.2015	www.colectivoderechofamilia.com	Fabiana Berardi	A., C. V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE S/ Amparo
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28.11.2012	LA LEY 2013-A, 160	Diego García Sayán	Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26.02.2016	LA LEY 2016-B, 357	Roberto F. Caldas	Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, Supervisión de cumplimiento de Sentencia