

Relaciones al Código Civil y Comercial:

Artículo 560 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 560 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Fecundación post mortem - Solicitud de autorización judicial para la utilización de gametos criopreservados del concubino fallecido - Tratamientos de fertilización humana asistida - Ausencia de regulación en la legislación vigente y obligación del juez de resolver - Aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional - Voluntad procreacional - Prueba del consentimiento informado Artículo 3 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 3 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Fecundación post mortem - Solicitud de autorización judicial para la utilización de gametos criopreservados del concubino fallecido - Tratamientos de fertilización humana asistida - Ausencia de regulación en la legislación vigente y obligación del juez de resolver - Aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional - Voluntad procreacional - Prueba del consentimiento informado **Voces:** CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONSENTIMIENTO INFORMADO ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ FECUNDACION POST MORTEN ~ FILIACION POST MORTEN ~ LAGUNA DEL DERECHO ~ MUERTE DEL CONCUBINO ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ PRINCIPIO DE RESERVA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 87(JNCiv)(Nro87)

Fecha: 05/05/2016

Partes: N. O. C. P. s/ autorización

Publicado en: LA LEY 11/07/2016 , 6, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; LA LEY 2016-D , 219, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; RCCyC 2016 (julio), 06/07/2016, 94 - LA LEY 03/08/2016 , 8, con nota de Andrés Gil Domínguez; LA LEY 2016-D , 219, con nota de Andrés Gil Domínguez; RCCyC 2016 (septiembre), 19/09/2016, 111

Cita Online: AR/JUR/32492/2016

Hechos:

El juez autorizó a una mujer a someterse a tratamientos de fertilización asistida con los gametos criopreservados de su pareja fallecida en un accidente ferroviario.

Sumarios:

1. El pedido de una mujer de someterse a tratamientos de fertilización asistida con los gametos criopreservados de su conviviente fallecido es procedente, en tanto es posible tener por acreditado que tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el accidente en el que perdió la vida.
2. A fin de tener por acreditado el consentimiento informado de la pareja fallecida de la accionante en un caso de filiación post mortem —art. 560, Código Civil y Comercial—, debe valorarse el documento firmado para iniciar el tratamiento de fertilización asistida aun cuando no contemple expresamente la posibilidad de continuarlo luego de producida la muerte, pues esa mención en los formularios preimpresos que suelen utilizarse en las instituciones resultaría de un gran impacto para el común de la gente que acude deseosa de generar una nueva vida para ver cumplido el anhelo de ser padre.
3. La solicitud de una mujer tendiente a extraer material genético de su conviviente fallecido para su posterior fecundación es admisible aun cuando no exista norma alguna que regule la petición, pues se trata de una práctica que no está prohibida a la luz de la legislación vigente y, por tanto, no existe impedimento legal para su realización (art. 19, Constitución Nacional).
4. El juez tiene la obligación de resolver el pedido de una mujer de someterse a tratamientos de fertilización asistida con los gametos criopreservados de su pareja fallecida, aun cuando el Código Civil y Comercial no haya legislado sobre la filiación post mortem, por aplicación del art. 3 del citado ordenamiento, que resume los conceptos contenidos en los arts. 15 y 16 del Código Civil derogado.

Texto Completo:

1ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 5 de 2016.

Resulta: a).- A fs. ... se presenta C. P. N. O., solicitando autorización para la utilización de semen criopreservado en el laboratorio S. de quien en vida fue el Sr. P. D. P.

Refiere que el 13 de septiembre de 2011, el Sr. P. se dirigía a su trabajo en la empresa Q. B. A. S.A. cuando dicho transporte fue embestido por una formación ferroviaria, que provocó su fallecimiento.

Antes del fatal accidente la peticionante con el Sr. P. convivían como cónyuges y se encontraban en tratamiento de fertilización asistida por lo cual y ante el deceso producido, se requirió al Juzgado Federal interviniente la autorización judicial para la extracción de semen cadavérico, y concedida la misma, el material extraído se encuentra a resguardo del centro médico al que asistieron.

Por el deseo y necesidad de continuar y finalizar el tratamiento, es necesario contar con la autorización judicial en reemplazo de la voluntad del Sr. P., expresando la inexistencia de descendientes.

Se exploya sobre definiciones y precisiones médicas y jurídicas respecto de las técnicas de reproducción asistida, el derecho y la jurisprudencia en las que se funda.

Acompaña documental y ofrece prueba la que es ampliada a fs. ..., fs. ... y a fs.

b).- De los elementos acompañados en la petición inicial, los posteriormente aportados y los ordenados por el Juzgado merecen especial referencia la partida de defunción de P. D. P. (fs. ..); el intercambio epistolar con el Dr. B. O. de S. (fs. ...); constancia médica expedida por la Dra. E. O. del 06/03/2014 dando cuenta de la obstrucción tubaria que afecta a la Sra. N. O. (fs....); testimonio de la resolución que acredita la convivencia de la peticionante con el Sr. P. desde abril de 2005 hasta el fallecimiento de éste (fs.) constancias remitidas por el Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 10, Secretaría n° 20 (fs. ...) consentimiento informado suscripto por los integrantes de la pareja asistidos por el Dr. B. O. (fs. ..) y antecedentes remitidos por el IOSE (fs. 98/152).

También la peticionante se valió de las declaraciones testimoniales de N. del V. J. (fs....), D. A. P. (fs. ..), J. E. P. (fs. .. y M. P. S. (fs. ...).

Finalmente a fs.../vta. obra acta de audiencia convocada por la suscripta a la peticionante y padres del fallecido en su carácter de herederos legítimos, la que se llevó a cabo en presencia de la Lic. C., de la Cátedra “Práctica profesional —Área Justicia de la Facultad de Psicología de la UBA.

Considerando: I. C. P. N. O. solicita autorización judicial para la utilización de semen criopreservado perteneciente a su pareja, P. D. P. quien falleció trágicamente en un accidente ferroviario el 13 de septiembre de 2011.

II. Con la partida de fs. ...se encuentra acreditado el deceso del Sr. y con la fotocopia certificada de fs... correspondiente a la información sumaria efectuada ante la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, remitida por el IOSE y el testimonio de fs. ... se corrobora la convivencia ininterrumpida de la pareja P. N. desde el año 2005 aproximadamente, circunstancia que brinda legitimación suficiente a la presentante para peticionar como lo hace.

III. Para analizar la procedencia del reclamo comienzo por reflexionar que desde mediados del siglo XX la ciencia, en todas sus ramas, ha generado avances y transformaciones tan profundas que tal vez no se logra apreciar su magnitud con la suficiente velocidad.

El derecho, que intenta constituir un instrumento armonizante, con regulaciones que acompañen el progreso científico, no ha estado ajeno a este letargo.

Y son estos avances científicos-tecnológicos como la biología molecular o la ingeniería genética, son los que han puesto en jaque muchos de los conceptos e instituciones tradicionalmente enraizados en las sociedades. Ya el concepto de procreación no está íntimamente ligado a la unión intersexual y la manipulación de la estructura genética a través de diversas técnicas —con componentes éticos y morales— conlleva profundos cambios en el

derecho a la procreación, en el sistema filiatorio y evidentemente en el concepto tradicional de familia, generándose cada vez más y nuevos desafíos.

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 Cód. 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, pág. 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, JA, 2014-1).

IV. Tras esta breve introducción, me adentraré en el pedido concreto de autos, tomando como norte las conceptualizaciones vertidas en distintos fallos que abordaron temáticas similares como lo son “A. M. y otro vs. Costa Rica” emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; “G., A. P.” del Tribunal de Familia de Morón n° 3, del 21/11/2011; “S. M. C. s/Medida autosatisfactiva” de la Tercera Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, de Minas, de Paz y Tributario de Mendoza del 07/08/2014 y “K. J. V. c. I. de G. y F. y otros s/ Amparo” del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 3, entre otros artículos y notas doctrinarias.

En el campo de las técnicas de reproducción humana asistida, la filiación post mortem se puede presentar frente a distintos supuestos, sea que la mujer se insemine artificialmente con material genético del o la cónyuge o conviviente fallecido durante el proceso de fertilización; cuando la mujer se implanta un embrión oportunamente crioconservado con conformidad del otro cónyuge o conviviente fallecido durante el proceso de fertilización o cuando el cónyuge o conviviente fallece repentinamente y la mujer solicita la extracción de material genético para su posterior fecundación. (Famá M. V. op. cit.). Este último es el caso de autos.

Como se puso de relieve supra no existe norma alguna del derecho objetivo vigente que regule la petición en análisis.

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 Cód. Civ. y Com. que resume los conceptos contenidos en los arts. 15 y 16 del Código de Vélez) adquiere preeminencia el principio de 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.

V. Pero, a tenor de los valores en juego y el mandato impuesto por el mentado art. 3 del nuevo ordenamiento civil, se impone una mayor fundamentación sobre el tema.

Para ello he de resaltar que además de la Constitución Nacional y tratados internacionales —incorporados en la cúspide de la pirámide normativa por imperativo del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna— el plexo jurídico reconoce también la Convención de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto de Derechos Económicos y Sociales de San José de Costa Rica, entre otras, cuyo control y fiscalización está en cabeza de los magistrados (control de constitucionalidad y control de convencionalidad).

No se debe pasar por alto que una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto.

Hasta comienzos de los años noventa, pocos reconocían derechos subjetivos de base constitucional referidos a la salud, vivienda, educación, medio ambiente sano etc., de allí que es indudable lo que significó la reforma constitucional de 1994 al modernizar el sistema jurídico fundamental, permitiéndoles a los ciudadanos disponer

de un catálogo de derechos y garantías —que importan la materialización de conductas positivas por parte de la Administración— a los que se los ha denominado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

Y esto se ve reflejado en las distintas normas de orden interno dictadas por este país al sancionar las leyes de matrimonio igualitario, de salud mental, de trastornos alimentarios, la de derechos de los pacientes o la ley 26.862 de reproducción humana asistida, entre otras (Avalos Eduardo “Derecho a la Salud. Una visión desde la jurisprudencia” Suplemento LA LEY “Constitucional” septiembre 2015 n° 06, pág. 3; Bazan Víctor “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales” id. id. febrero 2014, n° 1, pág. 3).

Respecto al tema en análisis, es bueno recordar que según la Organización Mundial de la Salud, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Luego comenzó a acuñarse el concepto “derechos reproductivos” y en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo llevada a cabo en El Cairo en 1994 se definió a la salud reproductiva como “un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”.

También la Convención Americana propicia la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afecten la vida privada familiar, prohibiendo toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada, reconociendo el valor central de las familias tanto para las personas como para la sociedad en general (arts. 11 y 17) y la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos han interpretado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, siendo la posibilidad de procrear, una parte de ese derecho a fundar una familia, respetándose la autonomía reproductiva y permitiéndose el acceso a servicios de salud y tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

VI. Este derecho es el que pretende ejercer C. P. N. O.

Ella había iniciado una relación de pareja con P. D. P. que se mantuvo en el tiempo por varios años, conviviendo en la casa de los padres de éste hasta que perdiera la vida trágicamente. El proyecto de ellos era 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. Así surge no solo de los antecedentes remitidos por el IOSE (ver fs. ...) sino fundamentalmente de las declaraciones testimoniales producidas en autos.

En efecto, son por demás elocuentes los dichos de J. E. P., compañera de trabajo del Sr. P. con quien viajaba todas las tardes en el mismo colectivo, charlando sobre diversos temas y uno de ellos era que el gran sueño de P. era ser padre y que se imaginaba con tres o cuatro chicos jugando. Sabe del tratamiento que estaba haciendo, tomando unos efervescentes y pastillas las que había terminado justo la semana del accidente y que tenía que hacerse un estudio de sus espermatozoides (ver fs....).

Son contestes también las declaraciones de D. P. y M. P. S., hermana y madre del fallecido. Ambas convivían con la pareja en el mismo domicilio y sabían muy bien —justamente por el vínculo estrecho que compartían— de los deseos de P. de ser padre y el tratamiento encarado (ver fs. ...), lo que además fue corroborado por la Sra. S. y su esposo, Sr. H. H. P., padre de P., en la audiencia convocada por la suscripta y de la que da cuenta el acta de fs. .../vta.

De ello se colige sin hesitación, la convivencia de C. y P. en aparente matrimonio, el deseo de constituir una familia con hijos y ante la imposibilidad de lograrlo naturalmente acudieron a médicos especialistas, iniciando el proceso de tratamientos asistidos.

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 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. Y al decir de Gil Domínguez la sanción de esta normativa lo es en cumplimiento de obligaciones constitucionales y convencionales claras y precisas en lo atinente al desarrollo del plan de vida de las personas (cita on line AR/DOc. 2629/2013).

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, tal como lo resaltó la Corte Interamericana en el caso A. M. ya mencionado supra. Esos derechos son vulnerados si se obstaculizan los medios para que la mujer pueda ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

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. Además se estatuye su instrumentación por escrito para los supuestos de internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y los que impliquen riesgos. (arts. 6, 5 y 7).

Concordantemente, el art. 560 del C.C. y C.N. establece este recaudo para las técnicas de reproducción humana asistida, imponiendo al centro de salud interviniente recabarlos.

Tocante a C. no hay duda alguna de su consentimiento respecto de la práctica pretendida. La suscripción del documento acompañado a fs..., el sólo hecho de peticionar como lo hace ante los estrados judiciales y la impresión personal tomada por la suscripta en presencia de la Lic. C., profesional asignada por la Facultad de Psicología de la UBA en la audiencia de que da cuenta el acta de fs.... en la que expresó seguir ligada al recuerdo de quien fue su compañero y mantener vivo el deseo de tener un hijo de él, dan cuenta de ello.

En cuanto a P. P. cuyo material genético se pretende utilizar, he de valorar el mismo documento referido precedentemente en torno al consentimiento recabado por el C. de R. S. del Dr. B. O. (ver fs) que también fuera acompañado ante el IOSE a efectos de gestionar un crédito para solventar dicha práctica (ver fs. ...).

Ahora bien a la luz de la Constitución Nacional y legislación interna, la fecundación post mortem no es una técnica prohibida y con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el Sr. P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida.

Es cierto que el documento de fs. ... no contempla expresamente la posibilidad de continuar con las técnicas de fecundación luego de producirse la muerte de alguno de los involucrados, pero —a mi criterio— esa exigencia o mención en los formularios preimpresos que suelen utilizarse en las instituciones resultaría de un gran impacto para el común de la gente que, justamente acude a ese tipo de establecimientos deseosos de generar una nueva

vida para ver cumplido el anhelo de ser padres.

Nótese que el presente caso se diferencia fundamentalmente del decidido por el Tribunal de Morón o por el Juzgado Civil n° 3 de la Capital Federal en los que por una grave enfermedad que afectaba a uno de los integrantes de la pareja y ante un inminente desenlace fatal, deciden someterse a la extracción de gametos para ser utilizados por el otro cónyuge o conviviente.

Aquí P. y C. recién empezaban a transitar el camino de los tratamientos suscribiendo en junio de 2011 el mentado documento y nada hacía prever el fatal accidente apenas tres meses después.

Pero a pesar del breve lapso transcurrido, la voluntad procreacional del Sr. P. era indudable como lo pusieron de resalto sus familiares directos y la testigo J. P. Esta voluntad es la que hizo que, frente a los diagnósticos de infertilidad mixta (ver fs.) consultaran con especialistas, inició el tratamiento, tomó medicación y tenía turno para realizarse estudios para el día siguiente al accidente.

Todos estos factores demuestran la voluntad de P. de formar una familia a través de TRHA y la suscripción del documento de fs. ... me persuaden de la procedencia del pedido.

IX. 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 conciente 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, como ya lo ha hecho (fs. ...).

X. Finalmente debo decir que en la presente causa no he considerado necesario dar intervención a los representantes del Ministerio Público de Menores o Fiscal por cuanto no hay niño ni embrión que proteger ni se encuentra afectado el orden público.

Por lo expuesto, normas legales, doctrina y jurisprudencia citadas; resuelvo: Hacer lugar a la autorización pedida. En consecuencia autorizo a la Sra. C. P. N. O. a someterse a los tratamientos de fertilización médica asistida con los gametos criopreservados de quien en vida fuera P. D. P. y que se encuentran depositados en el C. de M. para el H. y la M. S. a quien se le notificará mediante cédula. Dése testimonio o fotocopia certificada. Comuníquese al CIJ y oportunamente archívese. — Celia E. Giordanino.

COMENTARIOS:

- [Sambrizzi, Eduardo A.; ~ Tratamiento de procreación asistida con material genético de pareja fallecida. Pedido de autorización judicial](#)
- [Gil Domínguez, Andrés; ~ Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar](#)
- [Berger, Sabrina M.; ~ Fertilización asistida post-mortem: avance jurisprudencial](#)