

Derechos reproductivos y autonomía. Reflexiones para un diálogo complejo y necesario en relación con la filiación *post mortem*

POR MARÍA VICTORIA SCHIRO(*)

Sumario: I. Los derechos reproductivos. Delimitación conceptual. Los derechos reproductivos en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y la filiación *post mortem*.- II. Consentimiento informado y derechos reproductivos en la filiación *post mortem*. Actualidad jurisprudencial.- III. Reflexiones finales.- IV. Referencias.

Resumen: el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida como parte del ejercicio de derechos reproductivos, nos interpela específicamente frente a supuestos no regulados actualmente en el ordenamiento nacional, pero cuya presencia en la realidad exige una mirada integral. Tal es el caso de la filiación *post mortem*, que trae consigo una variedad de interrogantes, deteniéndonos especialmente en los horizontes y límites que presenta el consentimiento informado y la voluntad procreacional frente a la muerte de uno de los integrantes de la pareja. Su delimitación conceptual en relación con los derechos reproductivos a la luz de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede ayudar a reflexionar sobre las decisiones actuales y las regulaciones futuras.

Palabras claves: derechos reproductivos - autonomía - voluntad procreacional

Reproductive rights and care. Reflections for a complex and necessary dialogue about filiation post mortem

Abstract: *the use of Assisted Human Reproduction Techniques as part of the exercise of reproductive rights, specifically challenges us in the face of cases that are not currently regulated in the national legal system, but whose presence in reality requires a comprehensive look. Such is the case of post mortem filiation, which brings with it a variety of questions, focusing especially on the horizons and limits presented*

(*) Prof. Titular de Derecho Sucesorio y Derecho de las Familias, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. Vicedirectora del Centro de Estudios Jurídicos de la Persona y de la Familia, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. Magíster en Derecho Privado. Doctora en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Integrante IEJUS.

by informed consent and procreational will in the face of the death of one of the members of the couple. Its conceptual delimitation in relation to reproductive rights in light of the standards of International Human Rights Law, can help to reflect on current decisions and future regulations.

Keywords: *reproductive rights - autonomy - procreational will*

I. Los derechos reproductivos. Delimitación conceptual. Los derechos reproductivos en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y la filiación *post mortem*

El reconocimiento de los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos como Derechos Humanos comporta como consecuencia fundamental la correlativa asunción por parte del Estado de las obligaciones de respetarlos, garantizar su goce y pleno ejercicio y adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos sin discriminación.

Su delimitación conceptual es necesaria, a fin de aportar claridad sobre aquello que se protege y, correlativamente, para visibilizar las obligaciones que le caben al Estado en torno a los mismos. Un concepto que utilizamos y que a nuestro juicio cumple con tales requerimientos es el que acuñara Brown y que deslinda los derechos implicados y los dota de contenido específico:

“Derechos Reproductivos o Derechos Sexuales y Reproductivos” o (no)reproductivos, como prefiero llamarlos, son términos polémicos y relativamente recientes que aluden simultáneamente a tres asuntos: 1) los derechos relativos a la seguridad en el embarazo, parto, puerperio pero también acceso a asistencia y tratamientos de fertilización asistida; es decir aquellos eventos relacionados con la **reproducción**; 2) los derechos relativos a decidir si tener o no hijos o hijas, a decidir con quién, cómo y cuántos y a tener los medios seguros para poder llevar adelante esas elecciones, que se vinculan con **anticoncepción y aborto**; 3) los derechos relativos al ejercicio libre de la **sexualidad** sin discriminación, coerción o violencia. (Brown, 2008, p. 272)

El proceso de reconocimiento de tales derechos por parte de la comunidad internacional tuvo como impulso decisivo la Conferencia sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas realizada en El Cairo (1994) y la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995. Los consensos de El Cairo y de Beijing:

Se han convertido en las líneas indicativas para las instancias que monitorean el cumplimiento de los tratados de derechos humanos y

han servido para encaminar el examen del desempeño de los Estados en los temas concernientes a población y salud. (Díaz Pastén-Solano Arias, 2010, p. 63)

El precedente necesario a estas concreciones se encuentra en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante la CEDAW), que abrió el camino y consagró en el año 1979 el derecho a la no discriminación de la mujer, con la correlativa obligación de los Estados firmantes de eliminar la discriminación en los ámbitos público y privado. En adelante, la labor de los Comités de Tratado ha sido fundamental (Arango Olaya, 2013).

Como nuestro abordaje se centrará en las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), en particular en la filiación *post mortem*, según esta posición aludiríamos a los derechos reproductivos en sentido estricto.

Conforme afirma Salituri Amezcua, “La fertilización *post mortem* (FPM) constituye un supuesto especial de técnica de reproducción humana asistida (TRHA), cuya característica definitoria radica en que se realiza después de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio” (Salituri Amezcua, 2017, p. 1). Al respecto, la autora afirma que puede presentar tres modalidades:

(...) puede ser que la técnica se realice con un embrión criopreservado de la pareja, generado durante la vida de ambos, o bien que el embrión sea generado también *post mortem* con material genético criopreservado del fallecido/a u obtenido a través de la extracción de su cadáver. (p. 1)

La opción legislativa que tomaba el Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial de la Nación asumía las dos primeras modalidades, conforme puede apreciarse en su texto:

Artículo 563. 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 sus gametos o 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.

Ahora bien, una pregunta necesaria frente a la diversidad de procedimientos posibles (aunque no siempre regulados) es si el ejercicio de derechos reproductivos involucra necesariamente las decisiones vinculadas a la reproducción que tengan como sucedáneo un proyecto parental y el ejercicio del cuidado. En el caso de la gestación por sustitución, la posición de Lammnos interpela a reflexionar más allá de los derechos reproductivos de los comitentes, situándonos al respecto en la decisión de la persona gestante.

Se considera que si una mujer tiene derecho a controlar su cuerpo en razón de la libertad reproductiva —tales como el derecho al aborto, o a controlar el número y espaciamiento de sus hijos—. ¿Por qué negarles el derecho a elegir actuar como gestantes? (Lamm, 2018, p. 6)

En el caso de la gestación por sustitución luce claro que el ejercicio de derechos reproductivos se disocia absolutamente de un proyecto parental (son el/la/los comitentes quienes lo poseen y por eso recurren a la misma) y del ejercicio del cuidado del niño o niña nacida (serán el/la/los comitentes quienes lo llevarán adelante). La cuestión en la filiación *post mortem* es que el cuidado necesariamente lo llevará adelante la persona que sobreviva.

En relación con ello, entendemos que la conformación de una familia monoparental comporta una consecuencia de la filiación *post mortem*. Así, si sostenemos que las familias monoparentales son aquellas en las que es un solo progenitor quien convive con sus hijos y es responsable en solitario de su crianza y cuidado (Vela Sánchez, 2003, p. 3), la realidad en estudio responde a esa designación.

Ahora bien, la monoparentalidad puede ser sobrevenida o derivada, o bien originaria o por elección. Mientras que la primera “(...) acontece ante la ruptura de la unión (sea convivencial o matrimonial) o ante el fallecimiento de uno de los progenitores” (Herrera, 2019, p. 37), la monoparentalidad originaria o por elección se da cuando los niños no crecen en el marco de una familia a cargo de una persona sola, como se deriva de las situaciones de adopción unilateral o por el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) (Bladilo, De la Torre, Herrera, 2017, p. 12). Afirman las autoras, que, en relación con las TRHA, estas incidieron en la ampliación de los casos de monoparentalidad por elección e identifican las diferentes situaciones que pueden acontecer:

- a) por la decisión de una mujer de tener un hijo apelando a la donación de espermatozoides —aportando o no su propio material genético femenino—;
- b) en aquellos países que admiten la figura de la gestación por sustitución, habilitando que un hombre solo pueda ser padre y c) a través de otra figura controvertida, como la fertilización *post mortem*, es decir, permitir que una persona siga adelante con el proyecto parental

ideado con su pareja, quien fallece durante el tratamiento o incluso antes (los familiares solicitan la extracción *post mortem* del material genético para una futura inseminación). (Bladilo, De la Torre y Herrera, 2017, pp. 12-13)

En el caso de la filiación *post mortem* se trata de una familia monoparental originaria o por elección, que en realidad se aparta de los supuestos clásicos de monoparentalidad originaria donde voluntad procreacional y cuidado se asumen *ab initio* como en cabeza de una sola persona. Aquí la voluntad procreacional (expresa y específica para la filiación *post mortem* como más adelante enunciaremos) yace en cabeza de ambos progenitores, pero lo relevante para calificarla como monoparental radica en que el cuidado va a llevarse adelante por parte de una sola persona. Repárese que, en una misma familia, la calificación de la monoparentalidad como originaria o sobrevinida puede confluir según los hijos de que se trate (imaginemos una pareja con uno o más hijos, donde luego acaece la muerte de un progenitor y se acude a la filiación *post mortem*).

Dijimos entonces que el cuidado lo llevará adelante la persona que sobreviva, con las consideraciones previas que no agotan la variedad de temas a los que se puede vincular. Pero el proyecto parental de la persona fallecida debe estar. Ahora bien, en los casos que pasaron por nuestra realidad judicial ¿siempre está? Acercándonos a una caracterización de la práctica y a su recorrido jurisprudencial, ello nos permitirá avanzar sobre la actualidad de esta práctica y el desafío que le supone al diálogo entre derechos reproductivos derivados de las TRHA y autonomía para su ejercicio.

II. Consentimiento informado y derechos reproductivos en la filiación *post mortem*. Actualidad jurisprudencial

En relación con el consentimiento informado y derechos reproductivos en las TRHA podemos encontrar tres normas gravitantes en el marco de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCiv. y Com.). Los artículos 560, 561 y 562 (1). El consentimiento informado es el continente de la voluntad procreacio-

(1) Artículo 560: Consentimiento en las 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. Artículo 561.- 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. Artículo 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción

nal, y su fuerza jurídica radica en erigirse en fuente filial. “La relevancia jurídica de la dupla voluntad procreacional y consentimiento informado se la aprecia en toda su extensión cuando se enfrentan ante ciertos hechos como lo son la ruptura de la pareja o el fallecimiento de alguno de los miembros (...)” (Herrera, De la Torre y Fernández, 2018, p. 467).

De manera previa a analizarlos en el ámbito nacional y su funcionamiento normativo en la jurisprudencia, podemos recurrir al análisis de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos vinculados al consentimiento informado en relación con el ejercicio de derechos reproductivos presente en el caso *I. V. vs. Bolivia* (2), pues la fuerza expansiva de sus postulados determina que sus lineamientos sean extensibles a otros supuestos distintos al específico dispuesto en el caso (anticoncepción forzada e irreversible), como es el caso de las TRHA (Herrera, De la Torre y Fernández, 2018, p. 417).

Según la Corte, el consentimiento informado “asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”:

El consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual (supra párrs. 160 y 161). Esta regla no sólo consiste en un acto de aceptación sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea con-

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.

(2) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30/11/2016, “*I. V. vs. Bolivia*” https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*I. V. vs. Bolivia*” del año 2016, donde determina que la esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida la señora I.V. en un hospital público, bajo estrés y sin su consentimiento informado, le causó un grave daño físico y psicológico que implicó la pérdida permanente de su capacidad reproductiva, constituyendo un acto de violencia y discriminación contra ella (8) (párr. 255), por lo que el tribunal interamericano sostuvo que el Estado de Bolivia es responsable por la violación del deber de respeto y garantía, así como de la obligación de no discriminar, de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora I. V. Encontrando, asimismo, al Estado como responsable por no cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará (párr. 256).

siderado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado. Todos estos elementos se encuentran interrelacionados, ya que no podrá haber un consentimiento libre y pleno si no ha sido adoptado luego de obtener y entender un cúmulo de información integral. (párr. 166)

El consentimiento, conforme lo afirmado por la Corte Interamericana, debe ser previo, “lo cual implica que siempre debe ser otorgado antes de cualquier acto médico” (párr. 176); libre, la Corte considera que el consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación” (párr. 181). Como se desprende del concepto de autonomía y libertad, el mismo puede ser revocado por cualquier motivo, sin que ello entrañe desventaja o perjuicio alguno, ya que no es definitivo (párr. 184). En el análisis de la libertad del consentimiento, efectúan un planteo interesante en relación con su aplicabilidad a la filiación *post mortem*, como es el carácter personal del consentimiento:

(...) debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento. En efecto, conforme a las declaraciones de Helsinki y Lisboa, así como la referida a la esterilización forzada, todas de la Asociación Médica Mundial, sólo el paciente podrá acceder a someterse a un acto médico. Asimismo, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO se refiere al consentimiento derivado de la persona interesada, luego de recibir información adecuada. (párr. 182)

A la vez, el consentimiento debe ser pleno e informado, o sea, “sólo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente” (párr. 189). Sobre este aspecto, resaltamos dos premisas fundamentales a las que hace referencia la Corte: el carácter situado y contextual de la información en atención a cada paciente de que se trate, y su carácter escrito en relación con las decisiones sobre las que le toca fallar.

En relación con el primer punto, afirma que “(...) desde la Declaración de Helsinki, se estableció la necesidad de prestar especial atención a las necesidades específicas de información de cada participante potencial, como también a los métodos utilizados para entregar la información” (párr. 192). Cuando se gesta entonces la caracterización como derechos humanos de los derechos reproductivos y no reproductivos, puertas adentro de los Estados se hace imperioso adecuar las normas y las prácticas a los estándares en la materia, teniendo en cuenta que es fundamental que el diseño jurídico resulte en un marco tuitivo eficaz. Para ello, la atención al contexto y las particularidades de las personas destinatarias de tales protecciones resulta central. Conforme afirma Álvarez Medina (2018):

Comprender mejor qué aspectos de las personas comprometen dichas decisiones y qué diseño jurídico sería conveniente promover para propiciar la autonomía reproductiva, requiere que ubiquemos las decisiones reproductivas en el contexto en que son tomadas, es decir, hace falta que tengamos en cuenta el entramado de relaciones y significados que intervienen en la construcción de las opciones reproductivas. (p. 100)

En relación con su carácter escrito, en el caso particular de la sentencia, cuando se alude a las decisiones no reproductivas, podemos extenderlo a las decisiones reproductivas (perspectiva que a la postre se alinea con nuestra regulación del consentimiento para las TRHA):

Por la relevancia e implicancias de la decisión y para efectos de mayor seguridad jurídica, el consentimiento se debería otorgar por escrito, en la medida de lo posible. Mientras mayores sean las consecuencias de la decisión que se va a adoptar, más rigurosos deberán ser los controles para asegurar que un consentimiento válido sea realmente otorgado. (párr. 196)

Lo dicho en relación con el consentimiento informado por el decisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos permite extraer como conclusión en relación con nuestro tema, que el consentimiento para la filiación *post mortem* por el recurso a una técnica de reproducción humana asistida, materializa la voluntad procreacional y la voluntad procreacional es expresión del ejercicio de derechos reproductivos, por lo que tal consentimiento siempre será personal y expreso. No cabe asimilar este caso a aquellos de los que se ha ocupado la Bioética y el Derecho y que habilitan un consentimiento subrogado en el ámbito de decisiones terapéuticas. La voluntad expresada para la filiación *post mortem* se asemeja más a una directiva anticipada y, a nuestro criterio, si tal previsión específica no existe, no se puede recurrir a criterios como la reconstrucción de sus deseos (algo similar al criterio del juicio sustituto), o bien una especie de recurso a mejores intereses de tipo “familiar” (con mayor semejanza a lo que propone el modelo de los mejores intereses (3)). No obstante, la jurisprudencia contradice en muchos casos este criterio, y con ello la previsión general dispuesta por el CCiv. y Com. para las TRHA como fuente de la filiación: el consentimiento debe ser libre, previo, informado, formal, expreso, revocable y debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. En este sentido, podemos citar el

(3) Para analizar los criterios de toma de decisiones terapéuticas en Bioética, puede consultarse: Salles (1998, p. 107 y ss.).

fallo del Juzgado Civil N° 7 a cargo de la Jueza Myriam Cataldi (4), con cuyo criterio en torno a desestimar la figura del consentimiento presunto coincidimos:

(...) lo cierto es que no coincido con algunos de los argumentos en los que se basaron los fallos reseñados precedentemente. Por ejemplo, cuando acuden al uso de la figura del consentimiento presunto para otorgar autorización para el uso de las gametas masculinas del marido fallecido ya que considero, afectaría los derechos personalísimos del causante, supliendo dicha voluntad expresa, mediante el deseo expresado por parte de la familia del difunto y la aquí peticionante (ver las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 47 y 49); u otros argumentos como la no oposición de los parientes y la cesión de derechos hereditarios, sin reconocer pese al vacío legal, la vital importancia que tiene la voluntad procreacional como nueva generadora de vínculos filiales.

Analizaremos algunos de los precedentes que se han dictado, para analizar en qué medida y con qué fundamentos se apartan de estas pautas y presumen el consentimiento para llevar adelante la TRHA.

El fallo del Tribunal de Morón, del 21 de noviembre de 2011 (5), presenta el caso de dos personas unidas en matrimonio que en junio de 2010 dieron el consentimiento para criopreservar material genético para un posterior implante. Ese mismo mes y año se diagnosticó al cónyuge un cáncer Linfoma no Hodking que le provocó la muerte el 13 de marzo de 2011. La mujer inicia acción declarativa de certeza (ya que el Centro de Fertilización le exige autorización judicial para seguir el tratamiento) pretendiendo seguir adelante con el tratamiento de fertilización iniciado en vida de su marido, utilizando el material genético de este que

(4) Juzgado Nacional Civil N° 7, 02/2020, autos “C., E s/ autorización”. <http://www.colectivo-derechofamilia.com/wp-content/uploads/2020/02/FA.-NAC.-JUZ.-CIVIL-N%C2%BA-7.-TRHA-Fertilizaci%C3%B3n-post-mortem-Denegaci%C3%B3n-de-la-autorizaci%C3%B3n.-pdf>

En sentido denegatorio, con fecha previa puede citarse la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 03/04/2018, en autos “D., M. H. y otros s/autorización”, cita: TR LALEY AR/JUR/12809/2018, que confirma el fallo del Juzgado Nacional Civil N° 7, que denegara la autorización solicitada por los padres de la persona fallecida y la conviviente solicitaron para que se llevara a cabo el procedimiento de fecundación *post mortem* con los gametos criopreservados. La Cámara, en relación al consentimiento afirma que admitiendo que el contrato destinado a la criopreservación de gametos fue firmado por M. H. D., siguiendo instrucciones de su hijo con la finalidad de iniciar un tratamiento de reproducción humana asistida con su conviviente (ante la inminencia de ser sometido a un tratamiento médico de quimioterapia que lo dejaría estéril), solamente podría inferir de tales hechos un consentimiento tácito para realizar una técnica de reproducción asistida al finalizar la quimioterapia, pero ello no permite presumir que S. D. consintió que ese material genético fuese utilizado por su conviviente después de su muerte.

(5) Tribunal de Familia N° 3 de Morón, 21/11/2011, autos “G., A. P.”, cita: TR LALEY AP/JUR/289/2011.

se hallaba crioconservado. Para dar curso a la petición de la mujer, el Tribunal recurre a la figura del “consentimiento presunto”, el cual reconstruye con base en las pautas brindadas en el proceso. Así, entiende que el cónyuge fallecido prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación, y la conformidad se mantuvo por los nueve meses que sobrevivió. Estaba a su alcance revocar el consentimiento prestado y no solo no lo hizo, sino que sus padres y hermana, entrevistados en el tribunal confirman su deseo de ser padre que con el nacimiento se concretaría el sueño del matrimonio.

En fecha más reciente, pero asimismo en el sentido de valerse del consentimiento presunto para la utilización de los gametos criopreservados del integrante de la pareja fallecido, tenemos la sentencia del Juzgado de Familia N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Posadas (6). La causa se inicia a partir de la presentación por parte de la conviviente supérstite, de una medida autosatisfactiva para que se la autorice a continuar con el tratamiento de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad con la finalidad de tener un hijo utilizando los gametos criopreservados de quien fuera su pareja y con quien mantuvo una unión convivencial desde el año 2006 hasta su fallecimiento el 2 de marzo de 2021. Se decide en favor de la actora, basándose en la presunción del consentimiento del fallecido:

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

Un caso particular es el fallado por el Juzgado Civil N° 98 (7), pues allí se solicita autorización judicial para que puedan utilizarse en tratamientos de fertilización asistida las muestras de semen criopreservadas de su esposo; el mismo dejó un

(6) Juzgado de Familia N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Posadas, 10/09/2021, “P. s/ medida autosatisfactiva”. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/09/Familia-1-Misiones-Post-mortem-TRHA-10.09.21.pdf>

(7) Juzgado Civil N° 98, 01/02/2022, autos “E. R. A s/ autorización”, <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-civil-98-01-02-2022-thra-post-mortem/>

testamento por acto público realizado el 6 de julio de 2019, en el que, además del poder prestado anteriormente (8), expresó su voluntad de que su cónyuge realice con las cuatro muestras de semen restantes tratamientos de fertilización asistida con óvulos propios o donados en la institución médica que prefiera. Esto nos lleva, frente al silencio legislativo, al tema de la forma de instrumentar el consentimiento, que, en el caso señalado, fue un testamento por acto público, por el cual el sentenciante tuvo por acreditada la voluntad procreacional (9).

Algunos de los decisorios que podemos mencionar donde se aceptó la existencia de consentimiento, en general bajo la modalidad presuntiva, aunque con diversos matices, son, además de los ya citados, la sentencia del Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 3, donde se tiene por acreditada la voluntad procreacional, mediante el contrato suscripto para la crioconservación de esperma en el cual se autorizó a la demandante a retirar las muestras de semen en caso de que ocurriera el fallecimiento (confeccionado en un centro médico de fertilización humana asistida) y las declaraciones testimoniales rendidas (donde, por ejemplo, uno de los testigos aduce que el fallecido le contó que quería que las utilizaran para realizar el tratamiento aun después de su fallecimiento). Por ende, el fallo dispone se confiera la autorización para la realización del tratamiento de fertilización asistida solicitada (10). Por su parte, una sentencia pampeana del año 2015 decide hacer lugar a la cobertura integral de la fertilización asistida *post mortem* (en el caso se trataba de la transferencia de embriones criopreservados), no obstante se expide sobre la voluntad procreacional en estos términos: “(...) más allá de que en este proceso no se esté discutiendo la filiación *post mortem*, entiendo que no existen razones para dudar de que voluntad procreacional expresada por el varón (ver fs. 82) solo cuarenta y nueve días antes de fallecer imprevistamente (ver partida a fs. 22) se hubiera mantenido. Tampoco las hay para presumir que quien atravesó junto a su pareja el complejo proceso de una reproducción asistida, con las implicancias físicas y emocionales que ello conlleva, en pos de concretar un proyecto familiar común lo hubiera revocado en tan breve lapso” (11).

(8) Cuando deciden emprender el tratamiento de fertilización *in vitro*, el fallecido le otorgó un poder a su cónyuge en donde le daba potestad para utilizar las muestras de semen preservadas. Se obtuvo un embrión que se transfirió el 3 de septiembre de 2019. En la madrugada del 4 de septiembre, murió el esposo y a las dos semanas, la cónyuge se realizó un análisis de sangre para verificar el resultado de la transferencia, el que fue negativo.

(9) Repárese que, en la norma proyectada, una de las formas previstas era el testamento.

(10) Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 3, 03/11/2014, “K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo”, cita: TR LALEY AR/JUR/53958/2014.

(11) Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4 de Santa Rosa, 30/12/2015, autos “A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempre s/amparo”. La sentencia fue confirmada por la Cámara de apelaciones, y también por el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, el 31/10/2017, cuya sentencia puede verse en: MJ-JU-M-109222-AR | MJJ109222 | MJJ109222.

En un fallo más cercano en el tiempo se expresa que ambos prestaron el consentimiento informado para la crío preservación de embriones, documento en el cual expresamente se determinó que el objeto de esa criopreservación era el futuro descongelamiento de embriones y su transferencia uterina. Estipulándose, además, que, en caso de fallecimiento de uno de los firmantes, el superviviente decidiría sobre el futuro de los embriones. El decisorio entiende clara la postura del integrante de la pareja fallecido, en cuanto a brindar su consentimiento con el proceso de utilización del embrión críoconservado. Expresa que, si bien es cierto que la norma legal exige dicho consentimiento para cada uno de los procedimientos, pero también lo es que una vez que lo brindara, y estando en curso el embarazo producto del mismo (que con fecha 08/02/2018 se había detenido), la pareja falleció (el 31/12/2017) habiendo sido la brindada una de sus últimas manifestaciones de voluntad, al igual que la disponibilidad por parte del cónyuge superviviente de la decisión acerca del embrión que permaneciera críoconservado (12).

No tratamos en particular los casos de “extracción compulsiva” (Herrera, De la Torre y Fernández, 2018, p. 573), puesto que claramente se alejan aún más de lo que a nuestro criterio es el estándar que debe prevalecer: el consentimiento expreso, no presuntivo, para el ejercicio de derechos reproductivos, en este caso, a través de la filiación *post mortem* como técnica de reproducción humana asistida (13).

El pequeño avistaje jurisprudencial (14) da cuenta que la disparidad de criterios entre los órganos decisores, hace que en muchos de los casos no se cumpla con lo que a nuestro juicio constituye un estándar en la materia (ratificado, asimismo, por la regulación de las TRHA como fuente de la filiación en el CCiv. y Com.: la voluntad procreacional como expresión del ejercicio de derechos reproductivos, determina que consentimiento siempre será libre, previo, informado, formal, expreso (por oposición al presunto y entendiéndolo como específico para llevarse

(12) Juzg. de Fam. N° 4, 29/04/2021, “A M I s/autorización judicial” (sentencia no firme), <https://victoriafamafamilias.blogspot.com/2021/05/tecnicas-de-reproduccion-humana.html>

(13) No obstante, existen precedentes. Es el caso decidido por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/2014, en autos “S. M.C. s/ medida autosatisfactiva”. La actora apela la sentencia que rechazó su pedido de autorización para someterse a una TRHA con los gametos de su cónyuge fallecido, que fueron extraídos luego de su muerte a raíz de una autorización judicial.

(14) Podemos citar otros decisorios, como los siguientes: - Juzgado de Familia de Casilda. Santa Fe, 25/11/2016, “C., M. S. s/autorización judicial”; <http://www.zeus.com.ar/umTexto.asp?id=1452&materia=9&nocache=1489709520000>

- Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 76, 30/12/2019, “E., A. N. c. P. s/amparo - familia”, cita: TR LALEY AR/JUR/63680/2019. Aquí citan el concepto de consentimiento informado preceptuado en la ley 26.529, y entienden que el consentimiento para el sometimiento a una técnica de reproducción humana asistida, en el mismo mes de su trágico fallecimiento, no deja dudas de su voluntad procreacional.

adelante una fertilización *post mortem*), revocable y debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

III. Reflexiones finales

El silencio legislativo nos coloca nuevamente en la misma situación en relación con el uso de TRHA: el recurso a pronunciamientos judiciales que producen soluciones diferentes que en algunos casos se aplican a realidades similares. Como afirma Herrera:

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. (2017, p. 7)

La necesidad de certidumbre a la hora de caracterizar el consentimiento informado y la voluntad procreacional, en el marco de una adecuada reglamentación de los derechos reproductivos derivados de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es importante no solo para las decisiones actuales sino también para las regulaciones futuras.

IV. Referencias

Arango Olaya, M. (2013). Derechos sexuales y reproductivos. En AA.VV. *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, N. Lacrampette P. (Editora), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos (pp. 213-214).

Bladilo, A., De La Torre, N., Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Rev. IUS* (vol. 11, nº 39). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_artext&pid=S1870-21472017000100002&lng=es&nrm=iso

Brown, J. L. (2008). Los derechos (no) reproductivos en Argentina: encrucijadas teóricas y políticas. *Cadernos Pagu* (30, pp. 269-300). <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332008000100015>

Díaz Pastén, S., Solano Arias, Ma. —Consultoras— (2010). *Módulo de capacitación en derechos humanos de las mujeres Derechos sexuales y/o reproductivos*. Abogacía para el cambio, S. J. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1492/abogacia.pdf>

Herrera, M. (2017). Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá. *InDret*1/2017.

Herrera, M. (2019). *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot.

Herrera, M., De la Torre, N., Fernández S. E. (2018). *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, 1ª ed., Ed. La Ley.

Lamm, E. (2018). *Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo*, MJ-DOC-13769-AR.

Salituri Amezcua, M. (2017). *Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem*. <https://salud.gov.ar/dels/printpdf/119> [fecha de consulta: 29/03/2023].

Salles, A. L. F. (1998). Introducción (Toma de decisiones terapéuticas). En Luna - Salles, A. L. F., *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*. Editorial Sudamericana.

Vela Sánchez, A. (2003). Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario. *Diario La Ley* (Nº 5696, Año XXIII, de fecha 14/01/2003, Ref. D-11).

Jurisprudencia

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 03/04/2018, en autos “D., M. H. y otros s/autorización”, cita: TR LALEY AR/JUR/12809/2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30/11/2016, “I. V. vs. Bolivia”. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Juzg. de Fam. Nº 4, 29/04/2021, “A. M. I. s/autorización judicial” (sentencia no firme). <https://victoriafamafamilias.blogspot.com/2021/05/tecnicas-de-reproduccion-humana.html>

Juzgado Civil Nº 98, 01/02/2022, autos “E. R. A. s/autorización”. <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-civil-98-01-02-2022-thra-post-mortem/>

Juzgado de Familia de Casilda. Santa Fe, 25/11/2016, “C., M. S. s/autorización judicial”.

<http://www.zeus.com.ar/umTexto.asp?id=1452&materia=9&nocache=1489709520000>

Juzgado de Familia N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Posadas, 10/09/2021, “P. s/medida autosatisfactiva”. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/09/Familia-1-Misiones-Post-mortem-TR-HA-10.09.21.pdf>

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4 de Santa Rosa, 30/12/2015, autos “A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social - Siempre s/amparo”.

Juzgado Nacional Civil N° 7, 02/2020, autos “C., E s/autorización”. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2020/02/FA.-NAC.-JUZ.-CIVIL-N%C2%BA-7.-TRHA-Fertilizaci%C3%B3n-post-mortem-Denegaci%C3%B3n-de-la-autorizaci%C3%B3n.-.pdf>

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 3, 03/11/2014, “K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo”, cita: TR LALEY AR/JUR/53958/2014.

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 76, 30/12/2019, “E., A. N. c. P. s/amparo - familia”, cita: TR LALEY AR/JUR/63680/2019.

Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/2014, en autos “S. M. C. s/medida autosatisfactiva”.

Tribunal de Familia N° 3 de Morón, 21/11/2011, autos “G., A. P.”, cita: TR LALEY AP/JUR/289/2011.

Fecha de recepción: 31-03-2023

Fecha de aceptación: 10-11-2023

