



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA A

"L. J. L. s/ AUTORIZACION" (J.H.)

EXPTE. N° 104832/2022 -J. 25-

RELACION N° 104832/2022/CA001.-

Buenos Aires, septiembre de 2023.-

**Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:**

**I.-** Que vienen estos autos a conocimiento de esta Sala a fin de entender en el recurso interpuesto contra el pronunciamiento del 13 de junio de 2023, en tanto deniega la autorización solicitada por la peticionaria para utilizar, en un tratamiento de fertilización *post mortem*, el material genético criopreservado de quien en vida fuera su cónyuge.-

**II.-** Liminarmente, cabe señalar que en nuestra legislación no se encuentra regulada la fertilización asistida *post mortem*.-

El proyecto de Código Civil y Comercial regulaba la filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida. Así, el art. 563 establecía lo siguiente: "*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”.-

La Comisión Redactora del proyecto dejó plasmado que “se regula de manera expresa la cuestión de la fertilización o procreación ‘post mortem’, es decir, la especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja fallece durante el proceso que estas técnicas implican; la regla es la prohibición, pero se permite que la pareja de la persona a la cual se le va a transferir el gameto deje expresada su voluntad de que en caso de fallecimiento acepta que su material reproductor sea inseminado dentro del año siguiente a su deceso. Esta manifestación puede ser expresada en el documento en el cual se presta el consentimiento al sometimiento de las técnicas o en un testamento”.-

El aludido texto no fue aprobado y, por tal motivo, no integra el articulado del Código Civil y Comercial.-

Luego de la sanción del Código Civil y Comercial, hubo dos proyectos que intentaron seguir el mismo camino, aunque mejorado. En ese sendero, se presentó el primero bajo el número 0091-D-2017 el día 02/03/2017, sobre un régimen completo de TRHA, que contenía 124 artículos, los cuales trataban diferentes temáticas englobadas en dichas técnicas, entre ellas la fertilización *post mortem*. El art. 30 proyectaba como principio que el fallecimiento de una persona equivalía a la revocación de su consentimiento, aunque establecía una excepción siempre que se den los requisitos siguientes: a) que la persona consienta en el correspondiente





## Poder Judicial de la Nación

### CAMARA CIVIL - SALA A

formulario de consentimiento informado que sus gametos o los embriones producidos con sus gametos sean transferidos después de su fallecimiento, y b) que la inseminación o la transferencia del embrión se produzca dentro del año siguiente al deceso. Por último, agregaba que queda prohibida la extracción *post mortem* de material genético, conforme a los arts. 55 y 56 del Cód. Civ. y Com. Por último, el proyecto 2149-D-2020 de "Fertilización *post mortem*: incorporación del art. 561 bis y modificación de los arts. 562 y 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación", intenta modificar la normativa fonal nacional con lo siguiente: a) la incorporación de un art. 561 bis, que establece exactamente lo mismo que lo señalado en el proyecto anterior; b) la modificación al art. 562, que se refiere a la voluntad procreacional, estableciendo: "Art. 562: *Voluntad procreacional.*

Los/as nacidos/as por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quien o quienes prestan su voluntad procreacional manifestada en el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560, 561 y 561 bis, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos"; c) la modificación del art. 2279, disponiendo: "Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida de conformidad con lo previsto en los arts. 561 bis y 562; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento" (conf. Notrica, Federico Pablo



"Fertilización post mortem: los silencios normativos y las voces judiciales. Comentario a un fallo que sí", Publicado en: RDF 2022-IV, 44, Cita: TR LALEY AR/DOC/1915/2022).-

Ahora bien, frente a la ausencia de una regulación específica sobre esta temática, corresponderá resolver la petición judicial instaurada bajo el prisma de la normativa vigente.-

Es decir, no basta con que no exista una prohibición expresa para considerar que, en todos los casos, serán procedentes los pedidos tendientes a obtener la autorización judicial para realizar tratamientos de fertilización post mortem.-

El art. 59 del Código Civil y Comercial regula las condiciones que deber reunir el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. Asimismo, establece que *"nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario"*.-

Luego, el art. 560 del Código Civil y Comercial trata acerca del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida del siguiente modo: *"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"* (se aclara que el subrayado nos pertenece).-

El art. 561 del ordenamiento de fondo establece la forma y requisitos del consentimiento: *"la instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos*





## Poder Judicial de la Nación

### CAMARA CIVIL - SALA A

*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”.-*

En tal sentido, se ha dicho que el gameto masculino (espermatozoide) es una célula cuya función consiste en la formación de un cigoto al unir el espermatozoide con un óvulo. Este cigoto dará lugar al embrión, y después el embrión al feto. Esa potencialidad fecundante hace que los gametos se encuentren fuera del comercio, no pueden ser objeto de los contratos porque resultaría contrario “a la dignidad de la persona humana” (cfr. 1004 del CCyC) y tampoco integran la herencia de la persona muerta. De manera que la posibilidad de utilizar y transferir aquellas células queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación (ver arts. 51, 53, 56 y 264 última parte del CCyC). Entonces, si para la realización de las técnicas de reproducción humana asistida, el centro de salud interviniente debe recabar “el consentimiento previo, informado y libre de las personas”; si ese consentimiento “debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones” (cfr. art. 560 CCyC) y “es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión” (cfr. art. 561 CCyC) resulta imposible concluir que hay



consentimientos presuntos para después de la muerte (conf. CNCiv., Sala B, autos "D., M. H. y otros s/ autorización" del 3/4/18).-

En similares términos, se ha dicho que el consentimiento informado, entendido como la declaración de voluntad expresada por el paciente, luego de recibida la información clara, precisa y adecuada, constituye la expresión de la noción de dignidad, en tanto la persona puede manifestar su voluntad de hacer o no hacer determinado tratamiento o práctica. El respeto de los requisitos básicos de libertad, competencia e información suficientes, completan el escenario compatible con los derechos humanos y en definitiva con la noción de dignidad. De allí que los recaudos para formalizar e instrumentalizar el consentimiento informado sean precisos y puntuales, garantizando la participación de la persona en los procesos que atañen a su intimidad, su vida, su autonomía, de manera libre y plena. Relacionado con los arts. 560 y 561 del Cód. Civ. y Com. de la Nación sobre el consentimiento en las TRHA advertimos, que el Código de fondo de manera expresa, precisa las formalidades del mismo. El consentimiento debe ser previo, libre, informado, renovado en cada práctica de utilización de gametos o embriones; incluso puede revocarse libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561). Así, entonces, considerando que el consentimiento deriva del concepto de autonomía y libertad, su interpretación debe ser restrictiva, no pudiendo presumirse para prácticas como la que en el caso de autos se pretende, dada la íntima relación con los derechos personalísimos (conf. Yuba, Gabriela "Fertilización asistida *post mortem*. Sobre los derechos personalísimos y la dignidad", Publicado





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA A

en: SJA 01/08/2018 , 47, JA 2018-III, Cita: TR LALEY AR/DOC/3274/2018).-

En general los tratamientos con TRHA (técnica de reproducción humana asistida) no se agotan instantáneamente en un único acto, sino que configuran un proceso dilatado en el tiempo. De allí que el art. 560 *in fine* exige que el consentimiento deba renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, demostrándose en cada intento que continúa vigente el proyecto parental que dio origen a la práctica. Es decir que será indispensable prestar consentimiento para iniciar el proceso procreativo, y renovarlo al momento de la utilización de gametos de terceros, de la fecundación o de la implantación de embriones, si tales procedimientos no fueran contemporáneos, lo que supone invariablemente declaraciones de voluntad diferentes en cada práctica médica comprendida dentro del mismo tratamiento. Estrictamente existen dos (o tres) consentimientos diferentes, "porque el primero, tiene un objeto diverso del prestado en la renovación, con lo cual, pese a la designación equívoca, dos objetos diversos generan dos actos jurídicos diversos. El primero, destinado a dar inicio a un proceso procreativo, el segundo destinado a habilitar la utilización de los embriones" (conf. Fornari, María Julia "El consentimiento en la fertilización *post mortem*", Publicado en: RCCyC 2022 (junio), 146, Cita: TR LALEY AR/DOC/866/2022).-

La voluntad procreacional -en su faz interna- debe plasmarse en el consentimiento informado, tal como lo establecen los arts. 560, 561 y 562 del Cód. Civ. y Com. Es decir, ese consentimiento debe ser previo, informado y libre y constituye el ejercicio de un derecho



personalísimo. Tal como se establece en los arts. 55 y 56 del mentado código, resulta indubitable que el consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable, y se completa con el siguiente artículo al disponer que el consentimiento para determinados actos no puede ser suplido. Y en caso de duda, se entenderá que este no ha sido otorgado. Por lo que, entonces, no caben dudas que este es un derecho personalísimo pues a través de su suscripción el usuario de TRHA decide autónomamente, con plena información y libertad, someterse a ella, es decir que refleja el acto médico en sí mismo a través de la previa y completa información y, asimismo, en este doble carácter que adquiere en el uso de las técnicas, instrumenta la voluntad procreacional con relación al niño/a que nazca. Ahora bien, tal como se requiere, el consentimiento debe ser actual y, en el caso de que una persona fallezca esto es materialmente imposible, razón por la cual, debe constar su voluntad en algún documento en el que habilite a utilizar sus gametos o embriones formados con ellos, aun luego de su desaparición física; es que el ejercicio de este derecho personalísimo no puede presumirse. En definitiva, resulta trascendental contar con el consentimiento expreso del fallecido por medio del cual habilita a utilizar su material genético posterior a su muerte (conf. Notrica, Federico Pablo "Fertilización *post mortem*: un nuevo rechazo judicial", Publicado en : RDF 2023-III, 39, Cita: TR LALEY AR/DOC/880 /2023).-

Sobre la base de las normas, jurisprudencia y doctrina precedentemente citadas, corresponde señalar que -a los fines de determinar la procedencia de la petición







## Poder Judicial de la Nación

### CAMARA CIVIL - SALA A

instaurada- resulta menester determinar si existió por parte del Sr. A. H. S. voluntad procreacional para después de su muerte, expresada a través del consentimiento informado.-

De la informativa dirigida a la Clínica de Fertilidad Seremas se desprende que en el mes de febrero de 2013 se realizó una biopsia bilateral de testículo sobre el paciente S., A. H., oportunidad en la cual se hallaron cuatro espermatozoides. Asimismo, dicho nosocomio informa que el 15 de diciembre de 2016 se realizó a la actora la aspiración folicular, en la cual no se obtienen ovocitos viables para el tratamiento y por tal razón no se puede avanzar sobre el mismo. También se informa que permanece almacenada la muestra obtenida en la biopsia, la cual *"...continuará en este estado hasta que, con expresa voluntad del paciente, sea utilizada en un procedimiento de reproducción asistida de alta complejidad; sea trasladada a otro centro de reproducción o bien sea descartada. Para proceder en cualquiera de estas alternativas, será necesaria la firma de un consentimiento por parte del paciente"* (se deja constancia nuevamente que el subrayado nos pertenece).-

Al iniciarse este proceso, la ahora apelante acompañó un documento titulado "consentimiento informado para técnicas de reproducción asistida (FIV-ICSI)" el cual data del 30 de mayo de 2016.-

Se trata aquél, de un consentimiento informado instrumentado contemporáneamente a la aspiración folicular que, a fines del año 2016, arrojó resultado negativo. De dicho documento no surge que el cónyuge de la



actora haya formulado precisión alguna para disponer del material obtenido en la biopsia para después de su muerte.-

Es pertinente destacar que la recurrente funda su postura en la existencia de un "poder general amplio de administración y disposición" que le otorgara el Sr. A. H. S. en fecha 22 de febrero de 2013. En lo que aquí importa, se estableció que la mandataria *"...también queda autorizada para la cantidad de veces que se considere necesario de las muestras de semen del compareciente las cuales se hallan en el laboratorio de Seremas"* (sic).-

Más allá de la deficiente redacción dada a la citada cláusula, no surge que el Sr. S. haya autorizado a la peticionaria a disponer de las mencionadas muestras para después de su muerte. Es decir, los términos del poder permiten sostener que en el mandato no se ha incorporado una cláusula que pueda importar un acto de última voluntad.-

En virtud de ello, cabe señalar que el poder invocado por la quejosa se ha extinguido con el fallecimiento del mandante (conf. art. 1963 inc. 3 del Código Civil y art. 1329 inc. e del Código Civil y Comercial).-

Aunque el acto jurídico bajo estudio se haya celebrado bajo la vigencia del Código Civil, ninguna duda cabe que su extinción se produjo con el fallecimiento del Sr. S. y que dicho negocio no involucra disposición de última voluntad a través de la cual se autorice la utilización de las muestras obtenidas para luego de su fallecimiento.-

Así las cosas, no se ha acreditado que el Sr. S. haya prestado su consentimiento informado a través del cual surja su voluntad procreacional para después de su muerte.-





## Poder Judicial de la Nación

### CAMARA CIVIL - SALA A

En definitiva, el consentimiento prestado en mayo de 2016 fue exteriorizado cuatro años antes de su fallecimiento (ocurrido el 21 de septiembre de 2020), lo que permite concluir que aquel acto no resulta contemporáneo al fallecimiento y, mucho menos, a la iniciación de este proceso judicial.-

Entonces, la compulsión de la causa permite sostener que no hay constancias que den cuenta de un consentimiento informado expreso, a través del cual el Sr. S. haya prestado autorización para que la actora lleve adelante una fertilización asistida *post mortem*.-

No consta que exista un testamento -u otra disposición de última voluntad- que habilite a la peticionaria a disponer de las muestras obtenidas para después de la muerte de su cónyuge.-

Tampoco surge que el esposo de la actora haya otorgado directivas anticipadas vinculadas a la realización de tratamientos de fertilización asistida en previsión de una eventual incapacidad (conf. art. 60 del Código Civil y Comercial).-

Ni siquiera hay elementos que permitan a este órgano jurisdiccional inferir -por vía de excepción- una voluntad procreacional para después de la muerte del cónyuge de la peticionaria.-

Es que, el tiempo transcurrido entre la firma del consentimiento informado suscripto en el marco de un tratamiento que tuvo resultado infructuoso (mayo de 2016) y el fallecimiento del Sr. S. (septiembre de 2020), como así también en virtud del lapso que ha pasado hasta que se iniciara este proceso



(febrero de 2023), no autorizan a establecer la existencia de una voluntad procreacional presunta en caso de fallecimiento.-

No modifica el cuadro expuesto la promoción del expte. N° 10470/2022, el cual -además de tener un objeto distinto- fue iniciado el 6 de marzo de 2022, casi un año y medio después de la muerte de su cónyuge.-

En tal sentido, la propia peticionaria expresa en audiencia que luego del intento fallido del año 2016, por diversos motivos, el matrimonio no avanzó con el tratamiento. Si bien en el indicado comparendo la actora manifiesta que su marido era el más interesado en la realización del tratamiento, esos dichos no alcanzan a modificar la inactividad configurada después de diciembre de 2016 y tampoco permiten inferir su voluntad en relación a la utilización de sus muestras en caso de perder la vida (ver acta del 31 de marzo de 2023, agregada el 3 de abril de 2023).-

En consecuencia, se advierte que no se reúnen los recaudos como para otorgar la autorización judicial requerida en autos, lo cual conduce a la desestimación de las quejas formuladas por la apelante.-

Por las consideraciones precedentes, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, **SE RESUELVE:** Confirmar la resolución apelada. Con costas de Alzada en el orden causado al no haber mediado contradictorio (arts. 69, párrafo primero, y 68, párrafo segundo, del Código Procesal).-

Notifíquese al Ministerio Público Fiscal de Cámara y a los interesados en los términos de las Acordadas 38/13, 31/11 y concordantes. Publíquese en el Centro de Comunicación Pública de la C.S.J.N. (conf.





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CIVIL - SALA A**

Acordadas 15 y 24/2013 -del 14 y 21 de agosto de 2013, respectivamente-) y oportunamente devuélvanse, haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo a los restantes involucrados si los hubiere, en forma conjunta.-

El Dr. Ricardo Li Rosi no interviene por encontrarse en uso de licencia (artículo 109 del RJN).-

**CARLOS A. CALVO COSTA**

**SEBASTIAN PICASSO**

