



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

## ARTÍCULO

**Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*. Criterios para su regulación en Argentina**

**Presumed Consent to Posthumous Assisted Human Reproduction Techniques. Principles for its Regulation in Argentina**

**Consentiment presumpte a les tècniques de reproducció humana asistida *post mortem*. Criteris per a la seva regulació a l'Argentina**

**LEONARDO GERI \***

\* Leonardo Geri. Universitat de Barcelona (UB). E-mail: leonardogeri@outlook.com.

Copyright (c) 2019 Leonardo Geri



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

## Resumen

Este artículo propone criterios para la regulación del consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* en Argentina y argumenta brevemente sobre el fundamento del instituto. Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación prevé un sistema autónomo de filiación aplicable a las tecnologías reproductivas, los casos *post mortem* no han sido regulados. En los últimos años se han dictado varias sentencias que han reconocido el consentimiento presunto de la persona fallecida, aunque sin una construcción conceptual clara al respecto y con la consecuente inseguridad jurídica en torno a la filiación de las personas nacidas.

**Palabras clave:** reproducción *post mortem*; consentimiento presunto; filiación; voluntad procreacional; bioética.

## Abstract

This article proposes principles for the regulation of presumed consent to posthumous assisted human reproduction techniques in Argentina and argues about the basis of that institute. Although the Civil and Commercial Code of the Nation provides an autonomous filiation system applicable to reproductive technologies, posthumous cases have not been regulated. In recent years, several judgments have recognized the presumed consent of the deceased, although without a clear conceptual construction and with the consequent legal uncertainty regarding the filiation of the persons born.

**Keywords:** posthumous reproduction; presumed consent; filiation; procreational will; bioethics.

## Resum

Aquest article proposa criteris per a la regulació del consentiment presumpte a les tècniques de reproducció humana assistida *post mortem* a l'Argentina i argumenta breument sobre el fonament de l'institut. Si bé el Codi Civil i Comercial de la Nació preveu un sistema autònom de filiació aplicable a les tecnologies reproductives, els casos *post mortem* no han estat regulats. En els últims anys s'han dictat diverses sentències que han reconegut el consentiment presumpte de la persona morta, encara que sense una construcció conceptual clara sobre aquest tema i amb la conseqüent inseguretat jurídica entorn de la filiació de les persones nascudes.

**Paraules clau:** reproducció *post mortem*; consentiment presumpte; filiació; voluntat procreacional; bioètica.

## 1. Introducción

Una de las secuelas más palpables del impacto jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) es la insuficiencia de las categorías tradicionales de la filiación para resolver los efectos de un acto procreativo asistido. La cuestión es más compleja si este acto se realiza luego de la muerte de uno de los integrantes del proyecto parental. Mientras algunos países prohíben la reproducción *post mortem*, otros la regulan y establecen a la vez los presupuestos para la determinación de la filiación. La mayoría de las legislaciones exige el consentimiento expreso del difunto.

En Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) regula un sistema de filiación aplicable a las TRHA, que se estructura sobre la «voluntad procreacional». Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la filiación *post mortem*, pero la figura fue suprimida en el marco del debate parlamentario. No obstante, esta era sumamente restrictiva y no admitía el consentimiento presunto.

Pese al vacío legal, la demanda social no ha cesado y a la fecha se han dictado algunas sentencias favorables a este tipo de técnicas. El denominador común de los casos judicializados es la ausencia de un consentimiento específico otorgado por el difunto. Esto me ha llevado a estudiar el consentimiento presunto a las TRHA *post mortem*, que es el objeto de este artículo.

En el apartado segundo me aproximaré de manera general al consentimiento presunto en el ámbito de las tecnologías reproductivas. En el apartado tercero propondré tres criterios para la regulación del consentimiento presunto a las TRHA *post mortem* en Argentina. Finalizaré con una conclusión.

## 2. Aproximación al consentimiento presunto

En Argentina, la voluntad procreacional materializada en un consentimiento informado legitima la realización del acto médico y también determina el vínculo filial entre los usuarios de las TRHA y el nacido<sup>1</sup>. El consentimiento es un acto jurídico que en el ámbito de las tecnologías reproductivas debe ser exteriorizado por escrito.

---

<sup>1</sup> La filiación por técnicas de reproducción humana asistida está regulada en los arts. 560 a 564 del CCCN.

La importancia del elemento volitivo persiste también en la reproducción *post mortem*. En esta sintonía, la European Society of Human Reproduction and Embryology —y la mayoría de los países favorables a estas técnicas— avala la utilización *post mortem* de gametos y de embriones siempre que el fallecido lo haya consentido por escrito<sup>2</sup>. La misma opinión sostiene el Ethics Committee de la American Society for Reproductive Medicine<sup>3</sup>. Una excepción a lo expuesto se da en España, cuya Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), admite en el art. 9.2 el consentimiento presunto a las transferencias embrionarias *post mortem*.

En Argentina, la norma proyectada sobre filiación *post mortem* establecía como requisito *sine qua non* el consentimiento expreso del difunto<sup>4</sup>. De este modo, todavía no se han ensayado respuestas legislativas a las preguntas clave del dilema, que serían las siguientes: ¿Se puede razonablemente presumir el consentimiento a una reproducción *post mortem*?<sup>5</sup> ¿En qué casos? Como explicaré más adelante, la tradición jurídica latina sobre este punto se limita a los trasplantes de órganos.

Ahora bien, dado que el silencio del CCCN no implica prohibición<sup>6</sup>, varias sentencias judiciales han autorizado la aplicabilidad *post mortem* de las TRHA en casos complejizados por la falta de un consentimiento *ad hoc*. Salvo alguna excepción<sup>7</sup>, la mayoría de las decisiones ha

---

<sup>2</sup> Cfr. PENNING, Guido *et al.*, «ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction», *Human Reproduction* 21:12 (2006) 3050–3053, 3053.

<sup>3</sup> ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, «Posthumous collection and use of reproductive tissue: a committee opinion», *Fertility and Sterility* 99:7 (2013) 1842-1845, 1842.

<sup>4</sup> El art. 563 del Anteproyecto de CCCN rezaba lo siguiente: «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 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».

<sup>5</sup> Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Artículo 9. Premoriencia del marido», en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dir.) e INIESTA DELGADO, Juan José (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 305-352, 330.

<sup>6</sup> Cfr. KRASNOW, Adriana Noemí, «La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad», *Revista de Derecho Privado* 32 (2017) 175-217, 209.

<sup>7</sup> Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 3-IV-2018, «D., M. H. y otros s/ autorización», LL AR/JUR/12809/2018 (cita *online*) (se confirmó la sentencia dictada por el *a quo*, que había rechazado la petición de los padres y de la pareja de un varón que extrajo en vida una muestra de sus gametos, antes de someterse a una

reconocido la virtualidad del consentimiento presunto en casos de gametos<sup>8</sup> y de embriones crioconservados<sup>9</sup>. Dedicaré las líneas sucesivas al primero de ellos<sup>10</sup>.

El 22 de septiembre de 2005 Andrea Paula Gaudino contrajo matrimonio con Javier Oscar Losinno. En junio de 2010 ambos prestaron el consentimiento a la crioconservación de material genético, dado que la mujer padecía poliquistosis ovárica. En ese mismo mes, se le diagnosticó cáncer al Sr. Losinno, y el 13 de marzo de 2011 acaeció su muerte. La viuda solicitó la continuación del tratamiento con el semen crioconservado de su marido, pero la clínica le exigió una autorización judicial. Así las cosas, la mujer se presentó ante los tribunales, y la jueza interviniente falló a su favor con fundamento en el consentimiento presunto del fallecido.

De la sentencia se extrae la concatenación de elementos disímiles entre sí y que revela la ausencia de una construcción conceptual clara de la figura aplicada (aunque ello no es imputable a la jueza interviniente, quien fundamentó su decisión sin legislación aplicable). Estos puntos clave son los siguientes:

---

quimioterapia. La particularidad del caso radica en que el formulario de depósito del material genético había sido firmado por el padre del fallecido).

<sup>8</sup> Véase Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 7-VII-2014, «S., M. C. s/ medida autosatisfactiva», RC J 6303/14 (cita *online*) (se autorizó a una viuda a que emplee los gametos de su marido fallecido, cuya extracción había sido previamente permitida por otro juzgado. No mediaba consentimiento expreso del difunto); Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 3, 3-XI-2014, «K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo», LL AR/JUR/53958/2014 (cita *online*) (se autorizó a una mujer a utilizar el semen que en vida había dispuesto su pareja. Los médicos exigieron una autorización judicial puesto que si bien el contrato de depósito validaba el retiro *post mortem* de las muestras, nada preveía acerca de su uso procreativo); Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 87, 5-V-2016, «N. O. C. P. s/ autorización», JA 2016-III-663 (se autorizó a una mujer a utilizar el semen de su pareja, cuya extracción había sido anteriormente ordenada por otro tribunal. Pese a que antes de la muerte la pareja había iniciado un tratamiento de reproducción asistida, el marido no había otorgado consentimiento alguno a su continuación *post mortem*).

<sup>9</sup> Véase Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería nro. 4 de Santa Rosa - La Pampa, 30-XII-2015, «A., C. V. c/ Instituto de Seguridad Social - SEMPRES s/ amparo», LL AR/JUR/87457/2015 (cita *online*), confirmado por Tribunal Superior de Justicia de La Pampa, Sala A, 31-X-2017, «A. C. del V. c/ Instituto de Seguridad Social - SEMPRES s/ amparo», LL AR/JUR/100418/2017 (cita *online*) (se ordenó la cobertura médica de las transferencias *post mortem* de los embriones que habían sido generados antes del fallecimiento del varón, pese a la ausencia de un consentimiento específico en este sentido).

<sup>10</sup> Véase Tribunal de Familia nro. 3 de Morón - Buenos Aires, 21-XI-2011, «G., A. P.», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* III (2012) 119 ss.

- a. La reproducción asistida como proceso: «... Andrea Paula Gaudino ha ocurrido ante los estrados para completar el proyecto de familia que construyera con su marido Javier Oscar Losinno...»<sup>11</sup>.
- b. La vigencia de un consentimiento anterior no revocado: «... estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado...»<sup>12</sup>.
- c. Hechos reveladores de la voluntad procreacional presunta: «... si Losinno 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 en “Procrearte” —la institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de fertilización— la conformidad se mantuvo por los nueve meses que Losinno sobrevivió...»<sup>13</sup>.
- d. La voluntad procreacional reconstruida: «... sus padres y hermana, entrevistados en el Tribunal confirman que “...el deseo de Javier Losinno era de ser padre...”»<sup>14</sup>.

La sentencia motivó rápidamente la reflexión académica. Así, dos autoras consideraron que la sentencia fue respetuosa del derecho de la mujer a formar una familia de acuerdo con el plan de vida pergeñado junto con su marido, así como de la presunta voluntad procreacional de este<sup>15</sup>.

Por razones procesales evidentes, la jueza no se pronunció sobre la filiación del futuro niño. Sin el andamiaje legal<sup>16</sup> y administrativo necesario, el vínculo filial quedará a la suerte de una nueva decisión judicial que obviamente debería coincidir con la autorización otorgada<sup>17</sup>.

Por su parte, algunos autores manifiestan reparos a la posibilidad de presumir la voluntad procreacional. En este sentido, Rodríguez Guitián sostiene lo siguiente:

*Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de*

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, consid. VII.

<sup>12</sup> *Ibid.*, consid. VIII.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Cfr. DE LA TORRE, Natalia y UMAN, Nadia, «Fecundación *post mortem*, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* III (2012) 122-134, apartado III.

<sup>16</sup> A la fecha en la que se dictó la sentencia no regía el CCCN. Si bien finalmente este cuerpo legal no reguló la filiación *post mortem*, incorporó el principio de la voluntad procreacional como eje de la filiación por TRHA.

<sup>17</sup> Cfr. *Ibid.*, apartado VII.

*reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte*<sup>18</sup>.

Comparto la idea de que la crioconservación de gametos no es un indicio suficiente para presumir la voluntad procreacional, pero existen otros hechos que sí lo son, como la crioconservación de embriones. En efecto, no necesariamente una persona crioconserva su material genético porque comparte un proyecto parental con otra. Muchas veces la crioconservación de espermatozoides u óvulos no es accesoria a un tratamiento de reproducción asistida e incluso el sujeto no pretende procrear en un futuro cercano. Por el contrario, disponer del propio material genético y luego consentir la formación de un embrión revela, cuanto menos, la existencia de un proyecto parental con la otra persona que también ha otorgado su consentimiento.

La aceptación del consentimiento presunto reclama asumir una premisa básica, que es a la vez su fundamento: un tratamiento de reproducción asistida no se agota instantáneamente en un único acto, sino que configura un proceso no siempre breve, lo que depende del éxito de la técnica aplicada y también de otras circunstancias externas. De este modo, no se trata de presumir el consentimiento al inicio *post mortem* de un tratamiento reproductivo, sino a su culminación. Así, se tutela el legítimo derecho a fundar una familia de la persona sobreviviente conforme a las expectativas reproductivas<sup>19</sup> ínsitas al proyecto parental originariamente consentido por ambas partes.

### 3. Criterios para la regulación del consentimiento presunto

En el presente apartado propondré tres criterios para la regulación del consentimiento presunto a las TRHA *post mortem* en Argentina.

De forma previa, y en cuanto a la regulación general sobre reproducción *post mortem* que eventualmente se adopte, el legislador debería:

- a. Establecer una simetría normativa entre reproducción y filiación *post mortem*. Recuérdese que el art. 563 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la «filiación *post mortem*», y suscitaba dudas acerca de si podría practicarse una técnica de estas

---

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial *Post Mortem*», *Oñati Socio-Legal Series* 7:1 (2017) 179-204, 186.

<sup>19</sup> «Expectativas reproductivas» es la traducción de *expectations of procreation*, expresión que tomo de YOUNG, Hilary, «Presuming Consent to Posthumous Reproduction», *Journal of Law and Health* 27:1 (2014) 68-97, 81.

características pese al incumplimiento de los requisitos legales, que solo serían necesarios para la determinación de la filiación<sup>20</sup>.

- b. Contemplar los supuestos de hecho derivados de la multiplicidad de modelos familiares reconocidos<sup>21</sup>. Además del supuesto típico —proyecto heteroparental en cuyo transcurso fallece el varón y la mujer<sup>22</sup> pretende continuar el proceso reproductivo—, la eventual norma también debería aplicar al proyecto homoparental de dos mujeres que se interrumpe por el fallecimiento de una de ellas. Más complejos son los casos en los que la persona sobreviviente no posee capacidad gestacional, puesto que en este caso el recurso a la gestación por sustitución es inevitable<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Es el mismo debate que genera el art. 9 de la LTRHA, de modo que no resulta extraño que una autora española haya llamado la atención sobre este punto en relación con la norma argentina proyectada. Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Reflexiones...», cit., 184.

<sup>21</sup> En Argentina, el matrimonio de personas del mismo sexo fue legalizado a través de la Ley 26.618 (2010). A la vez, la Ley 26.862 (2013) garantiza el acceso integral a las TRHA a toda persona independientemente de su orientación sexual y/o estado civil (art. 8). Por su parte, el CCCN se ha redactado en conciencia de que, como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado, se ha evolucionado del «derecho de familia» en singular al «derecho de las familias» en plural. Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, *et al.*, «Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (última visita el 10-XI-2018).

<sup>22</sup> Los conceptos de «varón» y «mujer» utilizados se reducen a su dimensión biológica. Recuérdese que la Ley 26.743 (2012) reconoce el derecho a solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, sin que sea necesario una intervención quirúrgica o un tratamiento farmacológico para adecuar el cuerpo y/o la genitalidad a la identidad de género autopercebida.

<sup>23</sup> En Argentina, la gestación por sustitución estaba prevista en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (art. 562 proyectado). Desafortunadamente, la norma fue excluida del texto final, al igual que la filiación *post mortem*. Actualmente, una parte de la comunidad académica entiende que al no estar prohibida, está permitida. Cfr. XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, «Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil», *Jurisprudencia Argentina* IV (2015) 1219-1250, 1232.

### 3.1. Consentimiento presunto como presunción legal

El consentimiento presunto debería configurarse como una presunción legal *iuris tantum*<sup>24</sup>. Se trata de que la ley, a partir de cierto hecho, estatuya una regla jurídica determinada<sup>25</sup>. Así, es necesaria la delimitación legislativa de los extremos cuya concreción fáctica desencadenaría la presunción. Esta operaría *ipso iure* sin la necesidad de reconstruir la voluntad del fallecido.

En Argentina, la «reconstrucción de la voluntad» no rige ni siquiera en el ámbito sanitario. Además, no cabe confundir esta figura con el «consentimiento por representación» que puede otorgar el familiar de un paciente que se encuentra en un estado de incapacidad o de imposibilidad física o psíquica<sup>26</sup>. La diferencia entre ambos institutos fue precisada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso «D., M. A.»<sup>27</sup>, en el que admitió la petición de las hermanas de un paciente en estado de mínima conciencia. Concretamente, se pretendía el cese de la alimentación y de la hidratación que mantenían al enfermo con vida desde hacía más de dos décadas. Dado que el paciente no había otorgado directivas médicas anticipadas, se consideró una declaración jurada de las hermanas en la que informaron la voluntad del paciente. Por unanimidad, los jueces sostuvieron lo siguiente:

---

<sup>24</sup> Así, una manifestación expresa en sentido contrario a las TRHA *post mortem* desvirtuaría la presunción. En contraposición, se sostiene que si se diera este caso y la mujer pretendiese la transferencia del embrión, aunque no pueda hablarse de un derecho de la esposa o compañera a la implantación y mucho menos al preembrión (que no es un objeto), igualmente debería prevalecer la voluntad de la mujer, porque ello es lo más acorde con la tutela del preembrión. Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 84.

<sup>25</sup> Cfr. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, 10ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, I, 306.

<sup>26</sup> El párrafo segundo del art. 6 de la Ley 26.529 (2009), modificada por la Ley 26.742 (2012), establece: «En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido». La Ley 24.193 (1993) reguló los trasplantes de órganos y materiales anatómicos hasta que fue derogada y sustituida por la nueva Ley 27.447 (2018). Actualmente, el art. 59, *in fine* del CCCN establece el siguiente orden de prelación: «Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente».

<sup>27</sup> Véase CSJN, 7-VII-2015, «D., M. A. s/ declaración de incapacidad», Fallos 338:556.

*Los términos del artículo 21 de la ley [24.193] son claros en cuanto a que, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente no actúan a partir de sus convicciones propias sino dando testimonio de la voluntad de este. Es decir que no deciden ni “en el lugar” del paciente ni “por” el paciente sino comunicando su voluntad. Ello, a diferencia de diversas soluciones adoptadas en el derecho comparado que permiten reconstruir la presunta voluntad del paciente teniendo en cuenta para ello tanto los deseos expresados antes de caer en estado de inconsciencia como su personalidad, su estilo de vida, sus valores y sus convicciones éticas, religiosas, filosóficas o culturales...<sup>28</sup>.*

De este modo, el consentimiento por representación solo supone atestiguar sobre la voluntad del representado.

Recientemente, la Sala Civil, Comercial y de Minería del Tribunal Superior de Justicia de Río Negro revocó una sentencia favorable a la realización de un mapeo testicular con el fin de extraer el esperma de una persona que se encontraba en estado vegetativo<sup>29</sup>. Por mayoría, los jueces descartaron la aplicación analógica de la doctrina fijada en «D., M. A.», por falta de semejanza fáctica y de respaldo legal<sup>30</sup>.

En cualquier caso y más allá de la distinción técnica entre la reconstrucción de la voluntad y el consentimiento por representación, no es conveniente extrapolar estas figuras al ámbito de la reproducción *post mortem*, porque presentan las siguientes dificultades: a. en la mayoría de los casos, es improbable que exista evidencia suficiente sobre la voluntad de la persona fallecida; b. la posible interferencia de los intereses personales de quienes reconstruyen la voluntad; c. los eventuales conflictos ante opiniones divergentes de los familiares<sup>31</sup>. Por otro lado, no solo está en juego un acto médico, sino también la filiación resultante, y no es concebible que el estado de familia esté sujeto a institutos cuya aplicación depende del caso concreto.

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, consid. 22.

<sup>29</sup> Véase Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, Sala Civil, Comercial y de Minería, 26-II-2018, «M., J. A. s/ autorización judicial s/ casación», LL AR/JUR/1444/2018 (cita *online*).

<sup>30</sup> La plataforma fáctica del caso «D., M. A.» encuadraba en el art. 21 de la derogada Ley 24.193 (1993), y actualmente encuadra en el art. 59 del CCCN (el consentimiento por representación al cese de la hidratación y de la alimentación en algunos casos). Por el contrario, la extracción de los gametos de una persona imposibilitada de manifestar su voluntad no tiene respaldo legal alguno.

<sup>31</sup> Cfr. TREMELLEN, Kelton y SAVULESCU, Julian, «A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception», *Reproductive BioMedicine Online* 30 (2015) 6-13, 9 (los autores distinguen entre *presumed consent* e *implied consent*. A diferencia del primero, el segundo implica reconstruir la voluntad de la persona fallecida).

### 3.2. Excepcionalidad del consentimiento presunto

A los fines de resguardar el principio de la voluntad procreacional, la regulación del consentimiento presunto debería asegurar su excepcionalidad. Como contrapartida, la norma general debería exigir el consentimiento expreso a la reproducción *post mortem*.

Algunos autores proponen una inversión total de la regla, de manera que siempre se presuma el consentimiento, salvo expresa oposición. Así, sería admisible extraer *post mortem* los gametos de todo aquel que no se haya manifestado en contra, sea a través de una directiva anticipada o de la inscripción en un registro de exclusión u *opt-out registry*<sup>32</sup>. Entre los argumentos esgrimidos, destaco aquel referido a la inexistencia de derechos y/o intereses de los muertos y a la existencia de derechos y/o intereses de los vivos<sup>33</sup>.

En definitiva, se pretende aplicar a la disposición *post mortem* de gametos el mismo sistema que ya rige para los actos de disposición de órganos y de materiales anatómicos cadavéricos en la mayoría de países de tradición romano-germánica<sup>34</sup>. Por el contrario, los países del *common law* siguen el denominado *opt-in system* o *consent-based system*<sup>35</sup>, que es objeto de debate desde hace años<sup>36</sup>.

En Argentina, el art. 33 bis de la Ley 27.447 (2018) establece que «la ablación de órganos y/o tejidos puede realizarse sobre toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años, que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos». De este modo, el principio es que pueden extraerse órganos o tejidos de un cadáver, salvo que hubiese manifestación expresa en sentido contrario<sup>37</sup>.

En mi opinión, no existe una justificación de fondo para trasplantar esta regla al ámbito de las tecnologías reproductivas, dado que no median las razones de solidaridad social propias de las donaciones de órganos. En efecto, la peculiaridad de estas últimas es que no dependen solo de los

---

<sup>32</sup> Cfr. *Ibid.*, 11.

<sup>33</sup> Cfr. *Ibid.*, 9.

<sup>34</sup> Es el caso de España (art. 5.2 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos).

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, en el Reino Unido este sistema está previsto en la Human Tissue Act 2004 y en la Human Tissue (Scotland) Act 2006. Recientemente, en Gales se aprobó la Human Transplantation (Wales) Act 2013, que receptó el *opt-out system*. Cfr. LAURIE, Graeme T. *et al.*, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 10<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, 600 ss.

<sup>36</sup> Véase QUIGLEY, Muireann *et al.*, «The organs crisis and the Spanish model: theoretical versus pragmatic considerations», *Journal of Medical Ethics* 34:4 (2008) 223-224, 224.

<sup>37</sup> Cfr. RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel, *Derecho Civil. Parte General*, 1<sup>a</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, 393.

avances técnicos y farmacológicos, sino principalmente de la sociedad<sup>38</sup>. Por el contrario, la extracción cadavérica de gametos favorece solo al otro integrante del proyecto parental, y no a los terceros que necesiten material genético donado. Más aun: las TRHA *post mortem* ni siquiera poseen una finalidad «terapéutica», porque siempre subyace la posibilidad de someterse a una técnica heteróloga.

En Argentina, así como en muchos países latinos, el consentimiento informado es uno de los pilares del sistema jurídico. Este instituto positiviza la autonomía individual, que constituye el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional<sup>39</sup>. En el ámbito de los derechos personalísimos, el consentimiento informado es la piedra angular. Recientemente y en razón de la constitucionalización del derecho privado, la autonomía ha penetrado incluso en el derecho de las familias, un área históricamente sumergida en el orden público. Prueba de ello es la consagración de la voluntad procreacional como fuente de la filiación en casos de TRHA.

En suma, la legalidad de la reproducción *post mortem* debería ser en sí misma excepcional, porque implicaría que la persona haya anticipado su voluntad. Mucho más excepcional sería la flexibilización del consentimiento. Considero que esta última posibilidad debería limitarse a una situación particular, tal como lo explicaré a continuación.

### 3.3. Existencia de embriones crioconservados al tiempo de la muerte

Solo debería admitirse el consentimiento presunto a la transferencia *post mortem* de los embriones<sup>40</sup> crioconservados al tiempo de la muerte<sup>41</sup>. En cuanto a las demás variantes de

---

<sup>38</sup> Cfr. BALLESTÉ, Chloë, «Donación y trasplantes de órganos y tejidos: ¿altruismo o negocio?», en CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, 2ª ed., Edicions UB, Barcelona, 2017, 235-247, 235.

<sup>39</sup> Cfr. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 10ª ed. de Luis Martínez de Velasco, Espasa Calpe, Madrid, 1994, 110 (AA IV, 436), cit. por ALEXY, Robert, «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad», trad. de Alfonso García Figueroa, *Parlamento y Constitución. Anuario* 16 (2014) 9-28, 17.

<sup>40</sup> Embriones formados con el material genético de la persona fallecida. Recuérdese que la mayoría de las legislaciones favorables a la filiación *post mortem* —el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación inclusive— solo la admite si deriva de una TRHA homóloga en relación con el difunto. Sobre el debate acerca de la posibilidad de admitir la filiación emergente de la reproducción *post mortem* heteróloga, véase FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 321.

<sup>41</sup> La presunción no podría legitimar la creación de nuevos embriones a partir de los ya existentes al tiempo de la muerte. La cuestión no es menor ante la viabilidad técnica de la «gemelación artificial», que permite partir embriones, que serán idénticos entre sí, de modo semejante a lo que ocurre con los gemelos monocigóticos. Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Genética y derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003, 119.

reproducción *post mortem* —v.gr., extracción cadavérica y uso de gametos crioconservados—, debería exigirse el consentimiento expreso.

Como es sabido, los óvulos que son fecundados *in vitro* se obtienen luego de una estimulación ovárica que desgasta física y psíquicamente a la mujer, y es por ello que se recurre a la crioconservación de embriones<sup>42</sup>. Si el primer ciclo del tratamiento no es exitoso, estarán a disposición otros embriones que podrán implantarse, y se evita una nueva estimulación hormonal.

La existencia de embriones crioconservados al tiempo de la muerte es un indicio objetivo y contundente de la voluntad procreacional del fallecido. Si la persona dispuso de su material genético, consintió la formación de los embriones y luego no revocó ese consentimiento, es posible reconocer que el proyecto parental se mantuvo. Así lo explica Farnós Amorós en relación con la legislación española:

*A diferencia de lo que ocurre con los gametos, el inicio del proceso de FIVTE con preembriones creados antes de la muerte del hombre se considera suficiente para presumir su consentimiento, por lo que la mujer puede solicitar la implantación de los preembriones dentro de los plazos legales. En estas circunstancias, la determinación de la filiación se basa en la presunción de que si el hombre no revocó el consentimiento otorgado en vida, al morir mantenía la voluntad de continuar el proyecto parental iniciado con su pareja<sup>43</sup>.*

De este modo, las partes habrán consentido un «acto dirigido a la gestación» (p.ej., determinados ciclos de reproducción asistida) y un «acto accesorio» (la crioconservación de los embriones sobrantes)<sup>44</sup>. Ciertamente, cada vez es más común que los impresos incluyan cláusulas sobre el destino de los embriones en caso de muerte y de otras contingencias<sup>45</sup>. Así, por ejemplo, la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) facilita un modelo de consentimiento a la «fecundación

---

<sup>42</sup> La crioconservación implica detener el proceso vital de desarrollo o función de crecimiento orgánico de los embriones, en un medio de cultivo de tejidos que contienen crioprotectores y azúcares para lograr una congelación y formación de cristales adecuados. Las funciones biológicas cesan a la temperatura que presenta el nitrógeno líquido (-196°). Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, *Los embriones congelados. Un desafío para la bioética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2007, 37.

<sup>43</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, 249.

<sup>44</sup> Se trata del doble objeto que puede tener el consentimiento a las TRHA. Cfr. *Ibid.*, 78.

<sup>45</sup> Cfr. *Ibid.*, 79.

*in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y congelación embrionaria», cuyo «anexo para el esposo/pareja o para el varón no casado» contiene el siguiente formulario<sup>46</sup>:

D _____, mayor de edad, provisto de DNI n° _____ en este acto presto mi consentimiento a que en el caso de que falleciera con anterioridad a que mi material reproductor se halle en el útero de Dña _____, pueda ésta, en los 12 meses siguientes a mi fallecimiento, proceder a fecundarse con el mismo, y que se determine la filiación del hijo nacido conmigo.
En _____ a ____ de _____ de _____
Fdo. D/Dª. _____
Firma del Médico

En el formulario se emplea el concepto de «material reproductor», en consonancia con el art. 9 de la LTRHA. Para un sector académico, este término incluye tanto gametos como embriones<sup>47</sup>. Sin embargo, luego se recurre al verbo «fecundar», que no aplica a los embriones criopreservados, dado que en estos supuestos la fecundación fue necesariamente anterior a la muerte. En cualquier caso, rige el consentimiento presunto a la transferencia embrionaria *post mortem* (art. 9.2, LTRHA), aspecto legal que según la SEF debe ser informado a los usuarios<sup>48</sup>.

El dilema surge cuando no hay una manifestación favorable o contraria. No obstante, la presunción no implica prescindir del consentimiento, porque este ya fue otorgado al momento de consentir las TRHA y el destino de los embriones<sup>49</sup>.

En otro orden de ideas, se han publicado datos que acreditan cierto apoyo de la sociedad argentina a la transferencias embrionarias *post mortem*. Así, 229 usuarios de TRHA fueron consultados acerca de si, ante la muerte de uno de los integrantes del proyecto parental, estaría de acuerdo con que se permita a la mujer implantarse el o los embriones criopreservados: el 70%

---

<sup>46</sup> Véase SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y congelación embrionaria. Documento de consentimiento», disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento4.pdf> (última visita el 17-V-2018).

<sup>47</sup> Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 325.

<sup>48</sup> Véase SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y criopreservación de embriones. Documento informativo», disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento3.pdf> (última visita el 18-V-2018).

<sup>49</sup> Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «La reproducción artificial *post mortem* en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista Boliviana de Derecho* 20 (2015) 292-323, 312 (para la autora, la objeción más grave a la presunción es que en sentido estricto no hay un consentimiento específico, aunque comparte la determinación legislativa, dada la existencia de un preembrión, que es un concebido y no nacido).

respondió afirmativamente, el 14% manifestó no saber, el 6% sujetó la posibilidad al consentimiento de ambas partes, el 5% se opuso, el 2% sostuvo que es una decisión de cada pareja y el 3% no se pronunció al respecto<sup>50</sup>.

En resumen, admitir el consentimiento presunto solo en los casos de embriones crioconservados significa compartir, junto con el legislador español, la idea de que la transferencia embrionaria *post mortem* no es sino la culminación del proceso de procreación asistida<sup>51</sup>. Se trata de asumir la complementariedad técnica entre la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones (FIVTE).

## 4. Conclusión

La eventual regulación argentina de la reproducción *post mortem* debería admitir excepcionalmente la presunción *iuris tantum* del consentimiento de la persona fallecida a las transferencias de los embriones generados con su material genético y crioconservados al tiempo de la muerte.

Dada la complementariedad técnica e intrínseca entre la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones (FIVTE), el consentimiento presunto no se refiere al inicio de un tratamiento de reproducción asistida, sino más bien a su culminación. Así, se garantiza el derecho a fundar una familia de la persona sobreviviente conforme a las expectativas reproductivas ínsitas al proyecto parental originariamente consentido por ambas partes.

## Bibliografía

- ◆ ALEXY, Robert, «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad», trad. de Alfonso García Figuerola, *Parlamento y Constitución. Anuario* 16 (2014) 9-28.
- ◆ BALLESTÉ, Chloë, «Donación y trasplantes de órganos y tejidos: ¿altruismo o negocio?», en CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, 2ª ed., Edicions UB, Barcelona, 2017, 235-247.

---

<sup>50</sup> Cfr. SCARDINO, María, «Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. La mirada de usuarios y especialistas (Parte II)», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* 70 (2015) 313-332, apartado III.

<sup>51</sup> Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «La reproducción...», cit., 313.

- ◆ DE LA TORRE, Natalia y UMAN, Nadia, «Fecundación *post mortem*, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* III (2012) 122-134.
- ◆ ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, «Posthumous collection and use of reproductive tissue: a committee opinion», *Fertility and Sterility* 99:7 (2013) 1842-1845.
- ◆ FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.
- ◆ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Artículo 9. Premoriencia del marido», en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dir.) e INIESTA DELGADO, Juan José (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 305-352.
- ◆ HERRERA, Marisa, «Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2017) 1-21.
- ◆ KRASNOW, Adriana Noemí, «La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad», *Revista de Derecho Privado* 32 (2017) 175-217.
- ◆ LAURIE, Graeme T. *et al.*, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 10<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- ◆ LORENZETTI, Ricardo Luis *et al.*, «Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», disponible en:  
<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (última visita el 10-I-2018).
- ◆ PENNING, Guido *et al.*, «ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction», *Human Reproduction* 21:12 (2006) 3050-3053.
- ◆ QUIGLEY, Muireann *et al.*, «The organs crisis and the Spanish model: theoretical versus pragmatic considerations», *Journal of Medical Ethics* 34:4 (2008) 223-224.
- ◆ RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel, *Derecho Civil. Parte General*, 1<sup>a</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016.

- ◆ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ◆ —, «La reproducción artificial *post mortem* en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista Boliviana de Derecho* 20 (2015) 292-323.
- ◆ —, «Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial *Post Mortem*», *Oñati Socio-Legal Series* 7:1 (2017) 179-204.
- ◆ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Genética y derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- ◆ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, 10ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, I.
- ◆ SCARDINO, María, «Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. La mirada de usuarios y especialistas (Parte II)», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* 70 (2015) 313-332.
- ◆ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y congelación embrionaria. Documento informativo», disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento3.pdf> (última visita el 18-V-2018).
- ◆ —, «Fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y congelación embrionaria. Documento de consentimiento», disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento4.pdf> (última visita el 17-V-2018).
- ◆ TREMELLEN, Kelton y SAVULESCU, Julian, «A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception», *Reproductive BioMedicine Online* 30 (2015) 6-13.
- ◆ XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, «Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil», *Jurisprudencia Argentina* IV (2015) 1219-1250, 1232.
- ◆ YOUNG, Hilary, «Presuming Consent to Posthumous Reproduction», *Journal of Law and Health* 27:1 (2014) 68-97.
- ◆ ZURRIARÁIN, Roberto Germán, *Los embriones congelados. Un desafío para la bioética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2007.

**Fecha de recepción: 9 de octubre de 2018**

**Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2018**