

Boletín de Investigación Jurídica Abogacía UB

Año I Volumen I Julio / 2022



SEPARATA

Boletín Investigación Jurídica

Abogacía Universidad de Belgrano

**LOS EFECTOS JURIDICOS DEL
CONSENTIMIENTO EN EL MARCO DE LAS
TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA Y
SUS IMPLICANCIAS EN LA FECUNDACION
POST MORTEM**

Por Raña, Andrea Fabiana (*)

En la Universidad de Belgrano se realizó entre julio/2020 y julio/2022, con profesores y alumnos de la universidad, un trabajo de investigación sobre un tema de suma actualidad –la posibilidad de generar vida mediante técnicas de reproducción asistida– y que tiene consecuencias muy trascendentes para nuestro sistema legal y gran incidencia en la afectación de los derechos personalísimos de las personas involucradas. El trabajo se circunscribió en este contexto en la importancia del consentimiento en el marco de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y en particular, en la Fecundación Post Mortem (FPM).

Hoy es científicamente posible generar vida mediante fecundación post mortem, pero no puede soslayarse que su práctica encuentra serias dificultades al ser llevada a cabo y en muchos casos, los conflictos culminan en la instancia judicial.

Se determinó que existe un vacío legal en el caso de la fecundación post mortem que requiere la sanción de una ley que

contemple estos supuestos en particular y proteja los derechos de sus involucrados a efectos de evitar arbitrariedades, incertidumbre e inseguridad jurídica.

Se efectuó un análisis de la jurisprudencia extranjera y nacional, así como también, de doctrina y en especial, se focalizó en las diferentes legislaciones que abordaron esta temática.

En cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida cabe destacar que tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras terapias se hayan descartado por ser consideradas ineficaces o inadecuadas. Estas técnicas se llevan a cabo cuando existen posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgos graves para la salud de la mujer o de la posible descendencia.

La Fertilización Post Mortem constituye un supuesto especial de técnica de reproducción humana asistida cuya característica definitoria radica en que su realización procede después de la

muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio.

Asimismo, existen diversas posturas, una más amplia y otra más restringida, en orden a la clasificación en la que pueden encuadrarse los distintos supuestos de FPM.

En efecto, con la modernidad surgieron nuevas formas de concebir y dar a luz a seres humanos. Así advertimos que el avance de la ciencia requiere un acompañamiento que lo regule.

En este sentido, reparemos en que con el uso de la tecnología y de la nueva ciencia surgió la opción de congelar gametos y embriones, independientemente del fallecimiento de un miembro de la pareja. Así fue viable la fecundación con el semen resguardado y congelado, posibilitando continuar el plan de vida diseñado por ambos progenitores, antes de acaecido el fallecimiento de uno de ellos y haciendo realidad el tan ansiado deseo de ser padres.

Más allá de que con estas técnicas de reproducción humana

asistida post mortem surgieron debates bioéticos, tales como si es adecuado que un niño nazca deliberadamente en el marco de una familia monoparental, lo cierto es que en este siglo es una realidad que estas técnicas existen y se utilizan.

Debemos destacar que la bioética es la ciencia que se ocupa del análisis y valoración de los problemas éticos envueltos en nuestra comprensión de la vida, cuya complejidad e importancia surge a partir de que la ciencia y la medicina han desarrollado nuevas técnicas que desafían los conceptos de vida y muerte.¹

Regulan esta temática Ley N° 26.862 y su decreto reglamentario (956/13). En el marco de las técnicas de reproducción asistida el consentimiento prestado

¹Robert, Verónica: Bioética. Relación con el derecho. Un repaso por algunas normas de bioética contenidas en el Código Civil y Comercial. Doctrina. En Boletín salud Microjuris.31 de agosto de 2018. Disponible en:

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/09/17/bioetica-relacion-con-el-derecho-un-repaso-por-algunas-normas-de-bioetica-contenidas-en-el-codigo-civil-y-comercial/>

en forma previa, informada y libre, se llama voluntad procreacional, entendida como la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental, conjuntamente con otra persona, o bien, en el marco de una familia monoparental.

En las situaciones donde se tenga que recurrir a la fecundación post mortem –ejemplo, caso en el cual se resguarda y conserva el material genético–, la inexistencia de normativa que regule con detalle su realización ha generado numerosos conflictos, pues estos supuestos nos enfrentan a la cruda realidad en orden a que en muchos casos no se cuenta con un consentimiento expreso respecto de la manifestación de la voluntad procreacional para su práctica luego del fallecimiento de una de las partes.

Ello, toda vez que cuando los interesados concurren a dar inicio a estas técnicas de reproducción no evalúan en general, la posibilidad de que con el tiempo uno de los involucrados pueda fallecer y es allí donde se enfrenta el deseo de procrear y de continuar con el plan de vida trazado por parte

de quien continúa con vida, frente a la inexistencia de documentación que acredite fehacientemente la voluntad del fallecido de continuar en esta particular instancia con aquel procedimiento escogido en circunstancias muy diferentes, sumándose a ello la afectación de derechos personalísimos de los involucrados –identidad, nombre, derechos sobre el propio cuerpo– y derechos patrimoniales con incidencia en las futuras generaciones a través del parentesco jurídico que se adquiere.

En efecto, no puede soslayarse el impacto que la decisión que se adopte genera en diversas órbitas, por ejemplo, en el derecho sucesorio, situación que escapa al ámbito de los propios interesados que aportaron el material genético, sino que se enlaza con otros sujetos que como terceros pueden ver afectados sus derechos.

Todo lo expuesto se agrava aún más ante las implicancias emocionales que la pérdida de un ser vivo genera, los efectos en la salud psíquica y el impacto que genera dar vida cuando

los involucrados ya iniciaron el procedimiento y la ilusión de lograrlo se encuentra más cercana y ahora, por circunstancias drásticas como es el fallecimiento de uno de los involucrados, este proyecto parece estancarse y diluirse, debiendo emprender una nueva etapa de peticiones, reclamos, etc. primero, ante los centros médicos y luego, ante la negativa de continuar con la reproducción en estas nuevas circunstancias, ante la justicia.

La maternidad y el deseo de ser padre y madre eleva –de por sí, en la mayoría de los casos que no revisten las particularidades que aquí nos competen– los niveles de ansiedad de sus protagonistas. En estos casos, la imposibilidad o incertidumbre de lograr el objetivo deseado por el fallecimiento de uno de los progenitores conduce a quienes deben transitar este duro proceso hacia un ámbito de frustración cuya tolerancia es difícil transitar, pues tolerar la frustración es poder soportar que no se obtiene lo que uno quiere, situación que se ve agravada, pues vivimos en una sociedad que fomenta la ilusión de que podemos conseguir todo lo que

nos proponemos ya sea con esfuerzo dinero, perseverancia, etc.

La necesidad de frente a un proceso de duelo, verse compelido a accionar judicialmente para petitionar una autorización que permita lograr el objetivo planeado en ese plan de vida original, esto es, la fecundación mediante TRHA FPM, trae aparejado usualmente altas dosis de ansiedad cuando los resultados no son los esperados y gran sufrimiento por no conseguir el objetivo deseado, entrelazándose sentimientos de ilusión, esperanza, paciencia, desilusión, frustración, angustia, entre otros.

En el caso de las mujeres, esta incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ser madres causada en los casos de FPM, por la inexistencia de normativa clara, suele agravarse en la esfera psico-social, en virtud de las concepciones patriarcales, roles primarios asignados a las mujeres–esposa y madre–funciones de cuidado, que pese a la revisión y modificación de dichas concepciones que se ha efectuado en los últimos años, no han podido ser totalmente erradicadas.

A consecuencia de estas concepciones, ante la maternidad frustrada, las mujeres suelen experimentarla—en principio—de un modo diferente a los hombres, no es que ellos no sufran, pero la presión social sobre la maternidad suele ser mayor para la mujer.

En efecto, ya sea conforme a las teorías del psicoanálisis que en un punto indican que las mujeres tienen un profundo deseo de dar a luz y criar hijos pues de este modo reemplazan a sus propias madres, o de conformidad con los sociólogos funcionalistas que atribuyen la reproducción a las necesidades de inmortalidad de las personas, las cuales satisfacen reemplazándose a sí mismas con sus propios hijos, advertimos que más allá de cuál sea el fundamento del deseo de fecundar, es insoslayable el impacto que esta situación de incertidumbre causa en los seres humanos que se someten a estas prácticas².

² Rojas Nova, Valentina. La frustración del anhelo de la maternidad. La influencia de los introyectos y su atención psicoterapéutica desde el Enfoque Gestalt. <https://gestaltnet.net>

El avance de la ciencia nos brinda nuevas posibilidades y procedimientos para generar vida, pero también nos enfrenta a nuevos desafíos y a muchos cuestionamientos.

Aquí cobra relevancia la bioética en orden a la protección de la persona humana y el bioderecho. La primera se caracteriza por ser una ciencia multidisciplinaria que tiene como punto de partida los valores, criterios y principios éticos que permiten analizar la conducta humana. Va de la mano del avance científico y tecnológico, en especial en su aplicación en la vida humana. Y, por su parte, el bioderecho atañe a los límites que se impone a la actividad científica y que toma como base a la bioética³.

La unión de derecho y bioética permite el surgimiento del bioderecho como disciplina transversal, mientras que la bioética se ocupa de los problemas que aparecen con los avances tecnológicos. Así el derecho, como

³ Barruti, Rodolfo. Bioética y Bioderecho. 29/8/18. <http://diariojudicial.com>

ciencia social destinada a regular la conducta humana, captará en sus normas las respuestas y soluciones que aporta la primera con el propósito de alcanzar la efectividad.

En la normativa interna, el Código Civil y Comercial de la Nación, en el Art. 19 establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción.

La cuestión fundamental radica en determinar qué se entiende por concepción, puesto que dicho concepto no surge de la citada norma, para lo cual hay que remitirse a un análisis integral del ordenamiento, de la Ley N° 26.862, como también de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”, Corte IDH 28/11/2012).

El citado artículo genera un límite a las nuevas tecnologías aplicadas a la vida humana, será en la práctica donde deban configurarse los límites respecto a cuándo éstas pueden practicarse. Se relaciona también con el art. 58 del CCyC, que establece los requisitos que deben cumplir las

investigaciones, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, tratamientos en seres humanos.

En nuestro país se pretendió regular esta temática mediante el art. 563 del anteproyecto del Código Civil y Comercial, cuya redacción fue eliminada del CCyC efectivamente sancionado mediante la Ley N° 26.944.

El artículo en cuestión pretendía regular esta figura bajo el título de “filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida” la cual establecía que:

“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: 1) la

persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 del CC y C en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; y 2) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

Esta norma solo preveía la utilización de embriones, sin referirse a la utilización de gametos ni a la extracción compulsiva.

El anteproyecto efectuaba precisiones que despejaban las dudas y conflictos que llegan a la justicia, pues hacía hincapié en la posibilidad de efectuar la TRHA con sustento en la autonomía de la voluntad plasmada en la manifestación del consentimiento libre, voluntario, con sus matices en orden a la excepcionalidad del supuesto de fecundación post mortem y en su caso, las mayores exigencias que pudieran requerirse, que sea expreso, informado, personal, sin posibilidad de considerar consentimiento presunto o brindado por terceros. También, circunscribía en el tiempo la

posibilidad de establecer el vínculo filial, pues definía que la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso, es decir, lo limitaba en el tiempo y con ello evitaba afectar derechos de terceros en forma indefinida.

En el texto definitivo del CCyC se modifica el art. 563 y se suprime la posibilidad de que la persona preste su consentimiento para que los embriones se transfieran a la mujer dentro del plazo de un año posterior a su fallecimiento.

No obstante, a pesar de dicha eliminación, la FPM no habría desaparecido del todo, ya que el art. 2279 que integra el texto definitivo del CCyC, ubicado en el libro quinto dedicado a la transmisión de derechos por causa de muerte, establece que las personas que pueden suceder al causante son:

- las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- las concebidas en ese momento que nazcan con vida;

- las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561; y

- las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

De este modo, habría quedado regulada la fertilización post mortem en torno a la capacidad para suceder, facultad que se tiene siempre que haya existido voluntad procreacional conforme lo establece el art. 561 de dicho cuerpo normativo. A diferencia del artículo suprimido que solo se refería a la transferencia post mortem de embriones, el art. 2279 no distingue entre embriones o gametos.

En el proceso de reproducción de los seres vivos existen distintas etapas en el período de gestación, durante las que el futuro ser vivo cambia su denominación. En un primer momento la nueva célula se conoce como cigoto, luego pasa a

denominarse embrión y finalmente, se convertirá en feto.

La entrada en escena de esta temática, en nuestro país, se produjo en el año 1999. Se trató del caso de una mujer de origen española, que enviudó en Argentina durante su luna de miel. En consecuencia, solicitó la extracción de semen de su difunto marido para poder trasladar dicho material genético a su país y allí realizar la TRHA. A causa de ello, intervino el consulado español obteniendo autorización judicial pertinente en razón de la falta de normativa que prohibiese la práctica de fertilización post mortem⁴.

El código establece que el consentimiento debe ser proporcionado por todo aquél que se someta a las TRHA de forma previa y libre, donde el centro de salud es responsable de recibir dicho consentimiento informado y el cual debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. En cuanto a

⁴Salituri Amezcu, María Martina. Jurisprudencia Argentina en materia de fertilización post mortem. <http://salud.gob.ar-dels>.

su formalidad, remite a disposiciones especiales e indica que posterior a su emisión, debe ser protocolizado ante escribano público o certificarse ante autoridad sanitaria, teniendo la posibilidad de ser revocado mientras no se haya producido la concepción o implantación del embrión.

Por último, se establece que los nacidos mediante la utilización de TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que haya prestado su consentimiento, debidamente inscripto en el registro de estado civil y capacidad de las personas, independientemente de quien haya aportado los gametos.

En referencia a las disposiciones especiales se cuenta con la Ley N° 26.862 y su decreto reglamentario 956/13 y el CCyC, que indican que el consentimiento informado debe ser prestado por la persona que requiere la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas y tanto el consentimiento como su revocación deben quedar documentados en la historia clínica con la firma del titular

del derecho—Leyes N° 26.529 y 25.326—, estableciendo que las TRHA de baja complejidad pueden revocarse en cualquier momento hasta antes del inicio de la inseminación, mientras que en las de alta complejidad, hasta antes de la implantación del embrión.

La fertilización post mortem compone una posibilidad especial de técnica de reproducción humana asistida. Su característica esencial es que se realiza después del fallecimiento de uno de los miembros que conforma esa pareja.

Dentro de esta categoría aparecen diversos supuestos, desde el plano fáctico como teórico.

Las TRHA constituyen un modo de monoparentalidad originaria, en contraposición con la cantidad de situaciones de monoparentalidad derivada, es decir, devenida de ciertos acontecimientos, como el fallecimiento de uno de los progenitores o la ruptura de la pareja y abandono de uno de ellos del núcleo familiar. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), tribunal

regional especializado en derechos humanos, emitió diversas opiniones consultivas y en el campo de las relaciones de familia brindó pautas de interpretación en variados y relevantes conflictos. Aquí cabe resaltar el precedente del *corpus iuris* convencional regional de las TRHA, el caso “Forneróne hija vs. Argentina”, del 27 de abril de 2012, donde si bien el eje central giró en torno a otro tipo filial –el adoptivo–, lo cierto es que de manera general se amplía aún más la noción de familia y su protección a la luz del art. 17 de la CADH. Éste reconoce y fortalece la familia monoparental, es decir, aquella en la que un niño nace en el marco de una familia comandada por una sola persona.

Los efectos de permitir o no la realización de una fecundación post mortem impacta entre otros, en los derechos sucesorios. El art. 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación expresa que:

“pueden suceder al causante: (...) c) las personas nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561”.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece de manera restrictiva la capacidad de heredar de la persona que naciere como consecuencia de una FPM siempre que exista consentimiento informado en los términos que regula la normativa civil y comercial.

En efecto, si el primer procedimiento de TRHA fracasa, no se podría llevar a cabo un nuevo tratamiento ya que no habría voluntad procreacional debidamente exteriorizada en un consentimiento informado formal y siguiendo con el art. 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación que se refiere de manera precisa a la existencia del consentimiento informado en los términos previstos en el art. 561 del mismo código y se presenta el conflicto vinculado a que no hay consentimiento “previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida” que impacta en la identidad del niño/a, en sus derechos sucesorios, etc.⁵

⁵Marisa Herrera “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas

No resulta un dato menor considerar las implicancias e impacto emocional que producirían en el niño o niña nacido por medio de la práctica citada. En el tema específico que nos ocupa, resulta central considerar la historia previa que desemboca en la solicitud; especialmente el camino recorrido por el aportante del material genético, así como su deseo efectivo de parentalidad post mortem.

En los casos en que la fertilización devenga en el establecimiento de un vínculo filiatorio, también debemos considerar que hay derechos sucesorios de terceros que podrían verse reducidos o directamente suprimidos a causa del nacimiento. Por otro lado, tampoco es menor el impacto emocional que el nacimiento de un nuevo hijo puede provocar, por ejemplo, en los descendientes de una persona fallecida.

pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá”, N° 1/2017 Indret <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1280.pdf>

Al examinar la cuestión en el orden internacional, se advierte que las declaraciones y convenciones de Derechos Humanos no refieren explícita y directamente al derecho a la reproducción humana aquí analizada. No obstante, éste se deriva de otro derecho sí consagrado en aquellos instrumentos internacionales: el derecho a formar una familia –art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos–, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre–art. 17–, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 16.e, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, art. 17.2.

La referencia directa que contienen esos instrumentos al derecho a fundar una familia hace que la procreación –génesis del grupo familiar– y todos los actos relacionados con ella integren implícitamente el contenido de ese derecho. Sin embargo, no se puede desconocer que el derecho a reproducirse también se vincula la

libertad, por su incidencia en el desarrollo personalidad de los individuos.

El derecho a formar una familia se encuentra presente en la normativa citada y en el orden interno, el Código Civil y Comercial de la Nación ha contemplado una tercera fuente filial, la voluntad procreacional, así además de la filiación por naturaleza y por adopción—previstas en la anterior legislación— se suma la derivada de las TRHA.

Si bien las TRHA fueron, originariamente, la respuesta frente a un problema médico: la infertilidad, lo cierto es que en la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva pues sucede que la reproducción asistida representa el medio para que las personas logren alcanzar su proyecto de generar vida por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio.

Aquí se incluyen las parejas del mismo sexo que apelan a estas técnicas para alcanzar la maternidad o paternidad, al igual

que las mujeres que desean ser madres sin tener pareja alguna. Consecuentemente, la reproducción humana asistida implica revisar la noción tradicional de familia. Esto constituye una deconstrucción profunda en torno a la protección de la familia a la cual se refiere el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En cuanto a la noción de familia, la jurisprudencia de la CIDH en el caso “*Atala Riffo y niños vs. Chile*”, párrafo 120, señaló que

“En el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad.

En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave

riesgo de legitimizar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”.

En efecto, en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo 'tradicional' de la misma toda vez que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio, pues “debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (párrafo 142). De ello se concluye la mirada positiva hacia las TRHA como un modo para ejercer el derecho a formar una familia, única vía para muchos en este marco de reconocimiento a diversos modelos familiares.

Los tratados internacionales de derechos humanos generales son aplicables a los conflictos que suscitan las TRHA, especialmente las disposiciones sobre el derecho a la privacidad, la protección de la familia, el derecho a fundar una familia y el derecho a la vida.

En líneas generales y ante las TRHA post mortem, los países o estados, provincias y/o comunidades autónomas pueden agruparse según las siguientes dos opciones legislativas. A modo de ejemplo podemos citar:

a. Prohibición: Francia, Alemania, Italia.

b. Regulación: Reino Unido, España, Grecia, Bélgica, Israel, E.E.U.U. –depende de cada Estado–.

c. Desregulación: Argentina.

En cuanto a la FPM encontramos dos posturas enfrentadas: quienes se pronuncian a favor sustentan la opinión de que se trata de distintas maneras de formar una familia debiendo ser todas respetadas y valoradas por igual, en tanto que la FPM se presenta como una alternativa para poder seguir adelante con el proyecto parental. Se trata de una opción que se le da al cónyuge, pareja, conviviente supérstite siempre que se cumplan los

requisitos previstos para asegurar los intereses de todas las partes que intervienen. Se requiere consentimiento debidamente expresado, voluntad de continuar el proyecto parental por parte del supérstite.

Los argumentos de quienes están a favor se vinculan con la autonomía de la voluntad, respetar la voluntad procreacional del causante; el respeto del proyecto parental; la necesidad del consentimiento informado; el principio de realidad y la consecuente necesidad de regular este tipo de tratamientos, los aspectos filiatorios y hereditarios, brindar seguridad jurídica y permitir el reconocimiento de la diversidad de familias.

Las opiniones en contra focalizan en que estas técnicas traen hijos huérfanos al mundo, en el marco de una familia monoparental. Así, identifican esta situación con conceptos tales como “huérfano de antemano”, “orfandad congénita”, “orfandad parental forzada por manifestaciones científicas”, “vulneración de

derechos de los niños”, “hogares disgregados”, etc.

Jurisprudencialmente encontramos diferentes posturas. A modo de ejemplo, en el precedente –Juzgado de Familia N° 1 de Misiones, Expte. 66920/2021 “letrs PS s/ medida autosatisfactiva”, se consignó que

“... específicamente el Código Civil y Comercial nada dice pero su silencio no implica prohibición, y así ha sido resuelto en reiterados casos jurisprudenciales en los que se han obtenido sentencias favorables a dicha práctica con basamento en uno de los principios que surgen de nuestra Constitución Nacional el cual dispone que ‘ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe’ (art. 19)...”.

En ese caso puntual, se contó con tres consentimientos informados expresos para tratamiento de TRHA de alta complejidad con gametos de la propia pareja, el último fue brindado ante notario sin haber sido revocado

hasta la fecha del fallecimiento –destacándose que el interesado padecía una enfermedad gravísima como el cáncer y que sería sometido a una intervención quirúrgica que suponía un riesgo de muerte y que pudiendo haber retirado dicho consentimiento, no lo hizo–.

En dicho contexto, en la resolución se precisó que

“...no existen razones para dudar de la voluntad procreacional expresada... en vida, y sólo dos meses antes de fallecer mantuvo su voluntad de procrear. Máxime si prestó su consentimiento a sabiendas de su enfermedad...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 .., 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...”.

En este caso se señaló que

“... lo deseable sería que no queden dudas respecto de la voluntad de las personas que se someten a estas técnicas para no tener que acudir a la presunción del consentimiento como se da en este caso y otros casos firmes de jurisprudencia nacional. Pero en la actualidad seguimos estando ante un vacío legal que se debe suplir. Así se ha expresado la Jurisprudencia Nacional Argentina, en casos G s/ Autorización, de fecha 21/11/11, Fallo Morón Bs. As... Fallo de la Cámara Civil y Comercial Minas de Paz y Tributario de Mendoza 07/08/2014, S. s/Medida Autosatisfactiva. Otro fallo, K c/ Instituto de Ginecología s/Amparo del 03/11/2014; Juzgado Civil Nro. 7. Bs.As., 5/02/2020, Expte. Nro. 14133/2018 CE s/ Autorización, Juzgado Civil Nro. 7. Juzgado Nro. 76, Bs. As., 30/12/2019, Expte. Nro. 12613/2018 EAN C/p. s/ Amparo...”.

Por otra parte, en otro caso (Expte. 14133/2018, Juzgado Civil N° 7 “C.E s Autorización” 5/2/2020) no se hizo lugar a la petición de autorización de semen criopreservado para la realización de un tratamiento de fecundación asistida post mortem –no se había dado consentimiento expreso para que la cónyuge utilice el material genético criopreservado del interesado, ahora fallecido–.

Allí se destacó que la Ley N° 26.529, en su art. 2, consagra el derecho de la autonomía de la voluntad de los pacientes, el Código Civil y Comercial en su Título V “La Filiación” y el Capítulo Segundo, establece reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y en el art. 560 y 561 se establecen prescripciones en torno a que los centros de salud deben recabar el consentimiento previo, libre e informado a las personas que se sometan a TRHA.

Así se consignó que el instrumento rubricado en ese caso se identificaba como “criopreservación de semen” el que consistía en un formulario de

adhesión emitido por el instituto donde nada indicaba sobre la existencia de un consentimiento informado y expreso, no sólo no lo estaba siquiera para la realización de una TRHA, mucho menos para FPM.

Asimismo, se dejó plasmado que si bien la práctica de FPM no está prohibida en la legislación argentina, no se compartía el criterio sostenido en otros precedentes en orden al denominado “consentimiento presunto” para suplir la falta de autorización expresa del interesado ahora fallecido, pues ello afectaría los derechos personalísimos del causante, supliendo su voluntad expresa por el deseo de los familiares de éste.

Tampoco se compartió allí el argumento sostenido a favor de la concesión de la autorización vinculado a la inexistencia de oposición de parientes, así como tampoco, el relativo a la sesión de derechos hereditarios pues en esos supuestos, pese al vacío legal, no puede soslayarse la importancia que reviste en el caso la “voluntad

procreacional como nueva generadora de vínculos filiales”.

Se remarcó la importancia del ejercicio de los derechos personalísimos luego del fallecimiento de su titular, derecho subjetivo esencial que pertenece a la persona por su propia condición humana, en íntima conexión con ésta y que en dicha decisión se afirmó que por tratarse de un derecho subjetivo cesa con el fallecimiento de tu titular.

Por otra parte, los organismos que aceptan estas prácticas regulan en líneas generales dos ejes centrales: el tiempo, estableciendo un límite máximo para la realización de la FPM (seguridad jurídica) y el consentimiento previo de la persona fallecida (autonomía de la voluntad). Cumpliéndose los requisitos legales, la FPM puede desplegar efectos en materia de derechos filiatorios y sucesorios del nacido.

Se pretendió regularla bajo este esquema mediante el art. 563 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (CCyC), cuya redacción fue eliminada del Código

efectivamente sancionado (Ley N° 26.994) luego del debate parlamentario en la Cámara de Senadores de la Nación y ahora nos encontramos ante un vacío legislativo en torno a la regulación de la FPM, con los desafíos que implica para los jueces frente a los casos que puedan presentarse.

En la investigación realizada en la Universidad de Belgrano, se contó también con los resultados producidos por otros equipos de investigación y en esta dirección resultó de utilidad la realizada en el marco de un proyecto de investigación científica, de innovación tecnológica e interdisciplinaria de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires, denominado “Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva socio jurídica. Bioética y Derechos Humanos”, dirigido por la Dra. Marisa Herrera⁶ donde se abordó en parte, la temática que aquí nos ocupa.

⁶Scarlini, Marisa. “Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva socio jurídica. La mirada de usuarios y especialistas”.

<http://www.colectivivoderchofamilia.com>

Allí se indicó que el desarrollo de las TRHA ha posibilitado el surgimiento de una tercera fuente del derecho filial basada en el principio de voluntad procreacional y de su exteriorización a través del consentimiento informado y se resaltó la importancia que adquiere a nivel jurídico la figura del consentimiento informado dado que aún no se cuenta con una reglamentación que pautе su contenido ni su procedimiento de implementación pues la Ley N° 26.862, en su art. 7° prevé cuándo se debe firmar el consentimiento informado y estipula sus posibilidades de revocación, pero no deja asentado el contenido del mismo.

En dicha investigación se efectuaron entrevistas a abogados y a especialistas consultados que dan cuenta de la situación desde su vivencia en los centros de salud. Una de los entrevistados refirió:

“... yo desde el día que empecé a trabajar en esto a las clínicas les aconsejo, para cada tratamiento y cada movimiento mínimo, volver a

hacer todo el tema del consentimiento. O sea, con las clínicas que asesoro normalmente lo hacen desde siempre (...) Porque hay gente que vuelve después de 10 años a hacerse un tratamiento. ¡Consentimiento nuevo todas las veces! Porque además puede haber en el medio una separación, una muerte (...). O sea que lo ideal sería tener un consentimiento más allá de cada tratamiento, que el consentimiento inicial o el último sea absolutamente completo, que cubra todas las posibilidades: el divorcio, la muerte, la separación (...)”.

Se destaca cómo los silencios legales pueden llegar a afectar tanto a los usuarios de las TRHA como a los profesionales de la salud.

Otra entrevista realizada en dicha investigación dio cuenta de una realidad que se impone. En los casos en que se deja material genético en una clínica

“... es necesario que en el consentimiento informado queden establecidas todas las opciones: qué pasa en caso de divorcio, qué pasa en caso de muerte de alguno,

qué pasa en caso de muerte de los dos. (...) Pero cuando nosotros lo ponemos en el consentimiento, la gente te llama o te dicen los médicos: 'Nadie quiere firmar este consentimiento porque nadie quiere pensar que se va a morir. La gente no piensa que se va a morir y si piensa que se va a morir no querría tener un hijo'. Esto es lo que dicen en el consultorio... pero luego los litigios existen y si yo no tengo un consentimiento que establezca específicamente que -aún muerto- yo quiero tener un hijo con esta señora, yo no sigo adelante con el tratamiento...".

Asimismo, en la muestra realizada en dicha investigación (base de 229 casos) arrojó como resultado que el 40% de los usuarios considera que ninguno de los miembros puede pedir la implantación de los embriones en un caso de ruptura, mientras que un 39% considera que esta opción es válida o lo es en caso que ambos estén de acuerdo y ante la consulta formulada respecto del caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, llamó la atención la opinión de los usuarios pues en este supuesto respondió el

70% estar a favor de que la mujer se implante los embriones criopreservados y sólo el 6% consideró que podía llevarse a cabo solamente si existe un acuerdo previo entre los miembros de la pareja, un 5% no estuvo de acuerdo en absoluto y el resto consideró que se trataba de una decisión personal de cada pareja, no saben y otros motivos.

Por otra parte, en el acotado marco en el que nos circunscribió la pandemia por Covid 19, alumnos de la universidad lograron efectuar entrevistas a personas que se sometieron a las TRHA, oportunidad en la que se profundizó en la temática aquí abordada (en especial: información brindada por el centro de salud, consentimiento emitido por los interesados, formulario en el que se plasmó, estado anímico a lo largo de los tratamientos).

Este contexto es el que evidencia la necesidad de regulación específica que delimite con precisión el piso mínimo requerido para la viabilidad de la fecundación post mortem -por ejemplo, establecer los requisitos

del consentimiento válido, delimitación temporal para su realización, etc.– y de este modo evitar que jurisprudencialmente se adopten decisiones interpretativas a efectos de dar respuesta a interrogantes que no encuentran respuesta precisa en el ordenamiento jurídico, situación que requiere un pronto remedio pues genera incertidumbre, angustia, desconcierto y fundamentalmente, inseguridad jurídica.

“La Jurisdicción. Las nuevas tecnologías en el Derecho Procesal Constitucional Argentino”.

**Por: Francisco Brischetto,
Verónica Patricia Maidana,
Celeste Martínez Di Leo.**

“No podemos esperar resultados diferentes, sino cambiamos los procedimientos”.

Albert Einstein

Esta reflexión, es necesaria tenerla en el ámbito del derecho procesal constitucional argentino, y darle una mirada jurisdiccional, desde una perspectiva actual tecnológica; como así también,

ponderando la repercusión de la situación actual que estamos padeciendo con el “Covid-19”, en un mundo de práctica jurídica donde el protagonista era el expediente en papel, y apareciendo en escena una nueva disciplina “La Epidemiología”. Asimismo, es importante adicionarlas llamadas “Políticas de Estado”, figura protagónica aunque aparezca oculta en muchos pasajes, se encuentra presente desde distintos puntos de vista como ser el jurídico, el político, el social, el educacional, e incluso el sociológico. Por ello, las nuevas tecnologías, desde -lo procesal constitucional y civil-, tendrán en las “Políticas de Estado”, y en la “Jurisdicción” los ejes centrales de su avance. El instituto de la educación, representa un pilar esencial en el crecimiento de una Nación, en los tiempos que vivimos, teniendo presente la integración globalizada.

La “Educación” desempeña un rol fundamental, y en especial la informática como “Política de Estado”, ya que las mismas representan herramientas necesarias para trabajar en estos tiempos que corren, y es imprescindible que haya un acuerdo del Sistema Judicial Argentino-en particular -Procesal Constitucional-, debido a la magnitud que requiere el tema.

Es dable señalar, la importancia que cobró el proceso electrónico en los últimos tiempos, incluyendo sus

notificaciones, como así también la posibilidad de presentar escritos, documentación y otros instrumentos por canales digitales. Otro aspecto de relevancia es la validez y materialización de las disposiciones judiciales.

Asimismo, es necesario diferenciar la firma electrónica de la digital y su significancia en cuanto a la validez de los actos, funciones y su poder probatorio para instrumentar actos de distinta índoles es decir, no sólo los jurídicos, sino también como las prescripciones médicas.

De ahí, la problemática actual, de cómo la tecnología repercute e influye en el proceso judicial, en las competencias de materias civiles y comerciales.

Sin descuidar la materia salud, con la aparición de la epidemiología como variante se muestra la inserción tecnológica en el mundo jurídico y médico.

Consecuentemente, la ciencia jurídica y la médica, si bien recorren caminos diferentes, las mismas se unen en algún punto en este nuevo escenario tecnológico, que nos toca vivir hoy en día.

En este contexto, surge de la necesidad de adoptar el mecanismo procesal a los cambios radicales de los tiempos actuales. La problemática radica en como llevar a cabo los actos jurídicos procesales, médicos, entre otros, y su aplicación instrumental. Por ello, nos preguntamos, teniendo presente el concepto y contenido de

Jurisdicción: ¿Cómo juega su rol procesal-constitucional-civil?, en segundo lugar ¿Cómo influye el estudio o análisis de las Políticas de Estado, en éste contexto mediático? ¿Qué rol juega la educación en este contexto?

El sistema jurídico es también un "ecosistema" donde conviven distintos sujetos, se desarrollan e interactúan a fin de poner en marcha todo el proceso jurisdiccional y solucionar conflictos generados. Esto será nuestro desafío.

Es la actualidad con el avance de las nuevas tecnologías de información y comunicación, la sociedad avanza rápidamente generándole de esa forma nuevos mecanismos de aprendizaje, trabajo, conductas, etc., todo lo cual deriva en inmediatez, ya sea en tiempo y distancia, como puede ser por ejemplo la suscripción conjunta de contratos cuyos firmantes no se encuentran en el mismo lugar.

Es dable señalar que el derecho de la educación, consiste en la capacidad y la necesidad que tiene el hombre de aprender, es decir, de incorporar permanentemente nuevas experiencias, propias o ajenas, ampliando un abanico de conocimientos, tiene como adicional la capacidad y la necesidad del hombre de enseñar, esto es, de comunicar a los demás sus propios conocimientos, intercambiando experiencias.

Es importante resaltar que el aprendizaje puede ser unidireccional, porque permite o admite la posibilidad de que el sujeto que aprende –educando-, incorpore experiencias sin intervención de otra persona, aunque esto no es lo normal.

En cambio la enseñanza bidireccional, es aquella que requiere por lo menos dos sujetos: el educador, que enseña y el educando, que recibe esta enseñanza.

Por eso, no debemos perder de vista, que el educador debe formar, más que informar, reflexionando que “educar es enseñar a pensar, con criterio propio”. La política educativa es responsabilidad primaria del Estado, y las pautas esenciales de esa política se hallan en varias normas de nuestra Constitución Nacional. La política educativa, aparece en el Art.14 de la CN, consagrando la libertad de enseñar y aprender ; y el Art.25 de la CN, hace mención expresa de los extranjeros inmigrantes que tengan por objeto o finalidad, introducir y enseñar las ciencias y las artes, entre otras disciplinas.

Por lo tanto el Estado, no puede desentenderse de la enseñanza que se imparte, tanto pública como privada, siendo una garantía constitucional, y en esto se afianza las llamadas “Políticas de Estado”.

Es dable señalar que frente al actual contexto digital en el mundo, la escuela (en su sentido más amplio

de su contenido), tiene un reto de reflexionar sobre sí misma y apropiarse de las posibilidades que ofrecen las tendencias emergentes, en integrar la programación y la robótica en toda la educación obligatoria. Nuestro país en 2018 fue el primero en América Latina en integrar ese programa. A tal punto que el Plan Aprender Conectados, fue destacado por la UNESCO como uno de las cinco políticas de avanzada el alfabetización digital que se implementan en el mundo.

El desarrollo acelerado de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), trajo consigo cambios sustanciales en la organización de la sociedad y sus formas de conocimiento y de pensamiento. Códigos, algoritmos, robots y océanos de información configuran en la actualidad el gran cosmos digital. En este escenario, el tema educativo importa un desafío de repensarse y apropiarse de las posibilidades que ofrecen las tendencias emergentes para intentar transformar prácticas relacionadas con una realidad que lentamente está quedando atrás.

En este marco de transformaciones, la Argentina dio un paso fundamental al establecer la integración curricular de la educación digital, la programación y la robótica a la educación obligatoria, e incluso es digno señalar que en nuestro país se incorporaron esos saberes desde sala de 4 años, avance

indudablemente fundamental para el futuro de nuestra sociedad.

Este avance en la educación, teniendo en cuenta que la misma conforma el abanico de los Derechos Humanos, se orienta hacia aquellos estudiantes activos y participativos, y con docentes capacitados que lidere dicho aprendizaje. En efecto, estas experiencias que deberían desarrollarse en todo el Estado Nacional, serían mecanismos de enseñanza y aprendizaje para enfrentar el presente, con las tecnologías exigidas en todos los órdenes profesionales.(1)

Sin embargo, desde el punto de vista científico las nuevas tecnologías pueden producir tanto efectos positivos como negativos, afectando la infancia y la adolescencia, ya que es difícil responder porque los avances son muy recientes, y están en permanente cambio. Sostiene Manes (2), que el crecer saludablemente del cerebro, es que un niño necesita estímulos específicos provenientes del ambiente del ambiente. Para lograr un óptimo desarrollo y coordinación sensorio motora, necesitan moverse. Pero, el uso de la tecnología suele promover sedentarismo, en incluso al hacerlo de noche pueden provocar alteraciones en el sueño.

Lo importante es conversar con los menores y adolescentes, sobre el uso de la tecnología y cómo creen que debería ser las reglas,

intentando consensuarla; y como saber también ofrecer alternativas sanas y estimulantes para los planos cognitivos y afectivos.

La tecnología, su etimología viene del griego Τέχνη –se pronuncia “téchne”, y quiere decir arte, oficio o destreza. Por lo tanto, la tecnología no es otracosa sino un proceso, una capacidad de transformar o combinar algo ya existente para construir algo nuevo o bien darle otra función. Internet, los satélites, el correo electrónico, los detalles exactos de la llegada del hombre a la Luna, los satélites de Marte, el subterráneo de Buenos Aires, y muchos otros descubrimientos y adelantos de la humanidad ya habían ocurrido cuando la ciencia los anunció al mundo.

Sintetizando la tecnología es el conjunto de conocimientos y técnicas que, aplicados de forma lógica y ordenada, permiten al ser humano modificar su entorno material o virtual para satisfacer sus necesidades, esto es, un proceso combinado de pensamiento y acción con la finalidad de crear soluciones útiles.

En lo que respecta al ámbito jurídico, en el marco de una catarata de leyes y acordadas, se determinó una nueva funcionalidad, respecto de los procesos judiciales, en el sentido de agilización de los trámites procesales (digitalización y despapelización de la justicia iniciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Entre estos presupuestos, uno de los de mayor

trascendencia –Domicilio Electrónico-, fue que a partir de la entrada en vigencia de la Acordada 3/2015, y de acuerdo al plan de implantación, toda persona que litigue por propio derecho o en ejercicio de una representación legal o convencional, deberá constituir domicilio electrónico, para las causas judiciales que tramiten ante los tribunales nacionales.

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, para una mejor comprensión del tema en estudio, es necesario mostrar una sistematización legislativa, partiendo con la sanción de la Ley 25.506, (Ley de Firma Digital-14/11/2001), la cual en su Art.6°, se refiere al documento digital; entendiéndose por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

Con la sanción de la Ley 27.446, actualiza la Ley 25.506, ya que reconoce y establece las condiciones para el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica, y crea la estructura de Firma Digital de la República Argentina.

Asimismo desde el punto de vista médico, se encuentran reguladas las historias clínicas en las leyes 26.529 y 26.742. Aparece la llamada historia clínica Informatizada, constantemente actualizada al día, es el registro

mecanizado de los datos sociales, preventivos y médicos de un paciente obtenidos de forma directa e indirectamente constante al día; y las recetas electrónicas.

(*) Profesora e Investigadora de la Universidad de Belgrano.

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 C1426 DQG, Ciudad
de Buenos Aires.
Argentina
29 de Julio de 2022.