

FILIACION POST MORTEM: REALIDAD SOCIO-JURIDICA EN EL MARCO DEL NUEVO CODIGO

Autor: Martina Bergamini*

Resumen:

La filiación post mortem se encontraba prevista en el Anteproyecto, pero no fue incorporada en el nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, el texto de la obra deja abierta su permisión, lo que se condice con principios fundamentales de nuestro régimen legal. Recientes casos jurisprudenciales demuestran que se trata de un tema recurrente en nuestra realidad socio-jurídica. En este marco, una regulación específica y detallada del consentimiento informado mediante una ley especial, permitiría llenar el vacío existente en la materia y otorgar mayor seguridad jurídica resguardando derechos fundamentales. Ante la ausencia de dicha reglamentación, el rol de los jueces es fundamental y constituye la única herramienta para salvaguardar estos derechos.

1. Introducción

La regulación de la filiación post mortem, se encontraba prevista en el Anteproyecto, pero finalmente se optó por no incluirla en el Código Civil y Comercial. Sin perjuicio de ello, el texto de la obra deja abierta implícitamente su permisión, lo que se condice con principios fundamentales de nuestro régimen legal, tales como el artículo 19 de la Constitución Nacional, u otros contemplados por Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y jurisprudencia nacional e internacional.

En nuestro país son varios los casos jurisprudenciales que se presentaron, lo que refleja que se trata de un tema recurrente en la realidad socio-jurídica.

Ante esta situación, nos encontramos con un vacío legal que pone en riesgo el derecho a la salud, a la identidad, a formar una familia, a la vida privada; y son los jueces quienes deben salvaguardarlos, tal y como lo vienen haciendo en los últimos años.

Por todo ello, sería deseable la pronta sanción de una ley que contenga la regulación específica y detallada del consentimiento informado, estableciendo las formalidades bajo las cuales debe ser prestado, como condición de validez, de manera tal que quede plasmada la manifestación de voluntad de los cónyuges o convivientes en relación a la disposición de sus gametos o embriones en caso de fallecimiento de alguno de ellos. Se impone la necesidad de subsanar este vacío y otorgar una mayor seguridad jurídica, evitando que en situaciones imprevisibles la voluntad procreacional de un proyecto parental sea dejada de lado y se puedan vulnerar derechos de las personas intervinientes.

*Estudiante de abogacía, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, adscripta a Proyecto de Investigación UBACyT (2013-2015), “Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias”. Directora: Herrera, Marisa.

Si bien la jurisprudencia existente hasta la actualidad, se ha expresado en el mismo sentido –a favor de la fecundación post mortem– es sabido que gran parte de la doctrina se manifiesta en contra, poniendo en jaque, a mi entender, normas fundamentales.

A lo largo de mi trabajo desarrollaré en primer lugar, qué se entiende por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA) y fecundación post mortem (en adelante, FPM) y la recepción de ambas en nuestro sistema jurídico.

Posteriormente, haré referencia a recientes casos que se han presentado en relación al punto bajo tratamiento, y sus soluciones jurisprudenciales. Luego, realizaré un análisis de los derechos susceptibles de ser vulnerados en estos casos. Por último presentaré una posible solución para subsanar el vacío legal existente en el ámbito de la FPM.

2. Técnicas de Reproducción Asistida y Filiación post mortem

Al hablar de TRHA, nos referimos a aquellos procedimientos que pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción¹; la Organización Mundial de la Salud las define como "todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo²".

La FPM es la TRHA que tiene lugar ante la especial situación en la que uno de los cónyuges o convivientes fallece durante el proceso que estas técnicas implican. Consiste en la opción que tiene de continuar con el proyecto de familia que tenía con el otro luego de su fallecimiento³. Puede realizarse de distintas formas: mediante la implantación de un embrión criopreservado que hubiese sido fecundado in vitro antes de la muerte del difunto, o mediante la fecundación con material genético del difunto -extraído en vida y preservado, o mediante extracción compulsiva una vez fallecido-. Si bien puede darse que fallezca la mujer y sea el hombre quien quiere continuar con el proyecto parental, o bien en parejas homosexuales, me limitaré a analizar el caso de una pareja heterosexual en la que fallece el hombre, dado que por un lado, se trata del caso más frecuente en nuestra jurisprudencia, y por otro, que de lo contrario deberíamos abarcar la cuestión atinente a la gestación por sustitución, que excede la temática.

3. Las TRHA y la FPM a la luz de nuestro sistema jurídico

Las TRHA se vienen llevando a cabo desde hace muchos años en nuestro país, pero hasta la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

¹Straw, Cecilia, "Lo Público y lo privado en la reproducción asistida: una oposición permanente en mujeres con dificultades reproductivas. Un estudio cualitativo en mujeres de sectores populares y medios residentes en el área metropolitana de Buenos Aires". (Tesis doctoral) Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

²OMS, "Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA). Versión revisada y preparada

por el Icmart y la Organización Mundial de la Salud (OMS)", disponible en www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

³Pérez, Agustina, "Fertilización post mortem: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país", Abeledo Perrot 19/03/2014, p.1

(Ley 26.944) no existía una regulación de fondo a nivel nacional⁴. Este las incorporó como una tercera fuente filial⁵, y estableció ciertas –aunque no suficientes– pautas para su implementación. Esto se debe a que muchas cuestiones quedaron supeditadas a lo que se establezca en disposiciones especiales, que a la fecha de entrada en vigencia del Código, aún se encuentran pendientes de regulación.

En el ámbito de la FPM, nos encontramos con que no existe en nuestro sistema jurídico ninguna norma que la regule específicamente.

El texto del nuevo Código, no incluye los artículos que referían a ella tal como estaba previsto en el artículo 563 del Anteproyecto⁶. Este artículo negaba en principio la posibilidad de existencia de vínculo filiatorio entre el causante y el niño nacido por TRHA si la mujer aún no había concebido o no se había implantado el embrión al momento de la muerte. Acto seguido establecía dos excepciones lógicas a dicha regla: a) que la persona fallecida hubiese expresado por consentimiento informado o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos fueran transferidos en la mujer después de su fallecimiento; o b) que la concepción en la mujer o implantación del embrión en ella se produjera dentro del año siguiente al deceso.

Sin perjuicio de ello, en materia de sucesiones, el artículo 2279 del Código establece en su inciso “c” que pueden suceder al causante “*las personas nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561*”; que refiere a las formas y requisitos del consentimiento informado. Cabe aclarar que en el Anteproyecto remitía al artículo 563, que regulaba la filiación post mortem. Con la referencia actual al artículo 561, no se termina de resolver la cuestión y queda abierta a la interpretación judicial. Sin embargo, el Anteproyecto amparaba únicamente casos de FPM con embriones, por lo cual al suprimirse el artículo 563, queda abierta la interpretación no sólo respecto a esos casos sino también a aquellos en los que se quiere utilizar material genético del fallecido.

En sus restantes incisos, hace referencia “*a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las personas concebidas en ese momento que nazcan con vida*”, por lo cual podemos entender que las personas nacidas por TRHA ya concebidas al momento de su muerte quedarán incluidas en el inciso “b”; y que el inciso “c” extiende la calidad de heredero a aquellos que no estuviesen concebidos, es decir, a casos de FPM.

En este sentido, estamos en condiciones de afirmar que el Código admite, aunque sea implícitamente, la FPM⁷.

Además, por aplicación de artículo 19 de la Constitución Nacional que reza “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de lo que ella no prohíbe*”, tampoco puede considerarse a la FPM como una actividad prohibida.

⁴ La ley 26.862, del 2013 regula el acceso integral de las TRHA, pero no cuestiones de fondo.

⁵Rodríguez Iturburu, Mariana, “La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista Derecho de Familia, n°68, Marzo 2015, p.121/123

⁶“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>, p. 77

⁷“Fundamentos del Anteproyecto...”cit. p. 217/218

En sentido concordante lo ha entendido la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza⁸ que ha dicho que *“es necesario establecer si conforme a nuestro ordenamiento constitucional y legislativo la fecundación post mortem es una técnica de reproducción prohibida o permitida”* concluyendo que *“no existe a nuestro juicio ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido, por lo que no cabe otra conclusión que la practica está permitida”*.

Esto también debe conjugarse con el derecho a la salud consagrado en nuestra Constitución de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ya que esta temática suele relacionarse con padecimientos de infertilidad en el aparato reproductivo. La salud reproductiva fue definida en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994: *“como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo no hacerlo”*⁹.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo *“Artavia Murillo”*¹⁰, ha dicho *“Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones.”*

Por su parte, la ley 26 862 de Reproducción Médicamente Asistida garantiza el acceso integral a estas técnicas a todos los beneficiarios, y su decreto reglamentario 956/2013 establece que prevalecen los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud, y que el derecho humano de acceder a estas técnicas se funda en los derechos a la dignidad, libertad, e igualdad.

Por todo ello, podemos concluir que la FPM no se encuentra prohibida explícitamente, por lo cual con fundamento en principios y jurisprudencia nacional e internacional, debe considerársela permitida.

4. Jurisprudencia nacional y extranjera

Un análisis jurisprudencial, nos lleva inevitablemente a concluir que pese a no existir normativa aplicable en nuestro país, la FPM se lleva y se viene llevando a cabo desde hace muchos años atrás.

A nivel mundial, el primer caso que se dio a conocer fue *“Caso Parpalaix”* (Francia, 1984) en el que una joven obtuvo una sentencia favorable respecto de la posibilidad de someterse a fertilización in vitro con el material genético de su marido

⁸“S., M. C. s. Medida autosatisfactiva”, Cám. Ap. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/2014

⁹De la Torre, Natalia, Uman, Nadia, *“Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad”*, Abeledo Perrot 01/06/2012, p.2

¹⁰“Artavia Murillo y Ot. (FIV) c. Costa Rica”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012

fallecido, que este había criopreservado antes de someterse a una operación que lo dejaría estéril¹¹.

El primer caso en nuestro país se dio en el año 1999, cuando una mujer española enviudó durante su luna de miel en Argentina al fallecer su marido de un paro cardíaco y solicitó que se le realizara una extracción de material genético para llevárselo a su país y someterse a TRHA. En el caso tomó intervención el consulado español y se hizo lugar a su petición¹².

En el año 2011 el Tribunal de Familia N° 3 de Morón, Buenos Aires, declaró que no había impedimento para autorizar a una mujer a utilizar el material genético criopreservado de su marido fallecido por un cáncer, con quien había comenzado a realizar TRHA antes de su muerte¹³.

En el 2012, una mujer solicitó una extracción compulsiva de material genético a su marido, que había fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito, autorizándole los jueces dicha extracción¹⁴.

En el año 2014 en Mendoza, una mujer deduce recurso de apelación cuando un centro médico se niega a realizarle el tratamiento de fertilización in vitro con material genético de su marido fallecido, cuya extracción ya había sido autorizada tiempo atrás. La Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, dijo que correspondía autorizar a la actora a realizar el tratamiento, toda vez que no existía ninguna regla de derecho objetivo vigente que estableciera una prohibición expresa en tal sentido¹⁵.

En el 2014, una mujer interpuso un amparo solicitando se la autorizara a retirar las muestras de semen de su marido fallecido de un centro médico, tal como él lo había dejado asentado en un contrato cuando, ante la detección de un cáncer, habían tomado la decisión de criopreservarlo debido a que la quimioterapia lo dejaría estéril. A su vez, solicitó que se ordenara a su obra social brindarle la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida. El Juzgado Nacional Civil N° 3 hizo lugar a su solicitud ordenando al centro médico la entrega del material genético, y a la obra social la cobertura del tratamiento¹⁶.

Por último, un caso diferente a los anteriores, pero reciente y de utilidad para demostrar los posibles conflictos que pueden darse en torno a esta cuestión, se da en el mes de junio del corriente año, mediante la apertura de un incidente de competencia negativa entre un juzgado de ejecución que entendía en un juicio sucesorio y uno de familia. Este último se declaró competente para entender en la acción de filiación post

¹¹“El juez autoriza a una viuda francesa a ser inseminada, con el esperma de su marido muerto”, El País 02/08/1984, disponible en: http://elpais.com/diario/1984/08/02/sociedad/460245601_850215.html

¹²“Le extrajeron semen a un cadáver”, La Nación del 03/11/1999, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/159750-le-extrajeron-semen-a-un-cadaver>

¹³Trib. Familia n. 3 Morón, 21/11/2011, G. A. P. s/autorización

¹⁴“La vida después de la muerte: un conmovedor caso de fertilización asistida”, Infobae 27/12/2012, disponible en www.infobae.com/notas/688542-La-vida-despues-de-la-muerte-un-conmovedor-caso-de-fertilizacion-asistida.html

¹⁵“S., M. C. s. Medida autosatisfactiva”, Cám. Ap. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/2014

¹⁶“K. J. V. c/Instituto de Ginecología y fertilidad y ot. s/amparo”, Juz. Nzc. Civil N° 3, 03/11/2014

mortem, y señaló que la conexidad con el proceso sucesorio es manifiesta ya que su resultado tendrá influencia directa sobre la declaratoria de herederos¹⁷.

5. Vacío legal y derechos comprometidos

Al margen de la opinión que se pueda tener respecto a las TRHA y a la FPM, como surge del análisis precedente, resulta evidente que en la realidad hay un reclamo social de este tipo prácticas a pesar de la muerte del cónyuge, y que casuísticamente han obtenido una solución positiva en el reconocimiento del derecho a formar una familia, a la voluntad procreacional y a la autonomía de la voluntad¹⁸. El derecho, como herramienta de orden y paz social, debe poner fin a esta inseguridad jurídica a la que están expuestas las personas intervinientes.

Si bien parte de la doctrina sostiene que se podrían perfectamente preservar los derechos en juego acudiendo a técnicas heterólogas –con material genético de un tercero– no debe perderse de vista el proyecto de familia de la pareja, y la voluntad de tener un hijo juntos.

Sobre el punto adquiere fundamental importancia el elemento volitivo que va a ser el elemento determinante del vínculo filiatorio. La voluntad puede ser demostrada mediante la documentación que acredite el recurso conjunto a un tratamiento, esto es, el consentimiento informado¹⁹.

Si bien esta necesidad ha sido absorbida por muchos centros médicos que solicitan que los interesados expresen qué desean que se haga con sus gametos o embriones en caso de fallecimiento, ello no es exigido por nuestra normativa y por lo tanto carece de obligatoriedad. Ante esta situación, se presentan casos en los que no se lo requiere y que si una de las personas fallece intempestivamente sin haberse manifestado al respecto²⁰, nos vemos en la necesidad de buscar una solución.

Como consecuencia, se ha debido invariablemente recurrir al sistema de presunciones legales par a poder determinar la voluntad del difunto y su tácito consentimiento al acto del supérstite, mediante el análisis de distintas cuestiones, tales como si ya se había comenzado a realizar TRHA, el tiempo transcurrido entre la última técnica y el fallecimiento, o la imprevisibilidad o no de la causa de la muerte.

El Tribunal de Familia N° 3 de Morón²¹, sostuvo que *“Hoy en día se sabe que la fecundación practicada con estas técnicas, en especial si se crioconserva semen, puede concretarse después de la muerte de quien proporcionó los gametos. Por ello, es dable presumir —salvo prueba en contrario— que si se guardó silencio en esas circunstancias, en forma tácita se la ha consentido. O al menos no existió oposición a ello.”*

¹⁷“A. L. V. s. Impugnación de estado y filiación post mortem - Incidente de competencia negativa”, Cám. Ap. Sala A de Comodoro Rivadavia, Chubut, 10/06/2015

¹⁸De la Torre, Natalia, Uman, Nadia, “Fecundación...” cit. p. 4

¹⁹Ales Uría, Mercedes, “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, DFyP 01/03/2013, p.4

²⁰“S., M. C. s. Medida autosatisfactiva”, Cám. Ap. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/2014

²¹Trib. Familia n. 3 Morón, 21/11/2011, G. A. P. s/autorización

Debe optarse por la decisión que menos restringe el derecho de la supérstite a formar una familia de acuerdo al proyecto que tenía con su cónyuge o conviviente, y la que más se condice con la voluntad procreacional del mismo²².

Parte de la doctrina sostiene que resulta inconveniente que un niño nazca en el marco de una familia monoparental derivada, ya que de esta forma se generan niños huérfanos deliberadamente. Ello no se condice con el concepto amplio de familia regulado por el nuevo Código y por el artículo 14 bis de nuestra Constitución de la protección integral de la familia²³. Por lo tanto, se trata de un argumento inadmisibles y contrario a derechos fundamentales.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en "Atala Riffo vs. Chile" y en "Fornerón vs. Argentina", "*En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma*", "*no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas*"²⁴.

En relación a los derechos del niño nacido o por nacer, debe mencionarse la incertidumbre de la que es objeto el vínculo filiatorio con su padre. En este sentido cabe preguntarse ¿Debe inscribirse al niño nacido por fertilización post mortem como hijo del fallecido? ¿Qué pasaría si hubiera embriones criopreservados que hubiesen sido fecundados por material genético del supérstite y de un tercero? ¿Prevalece de todas formas la voluntad procreacional sobre la identidad genética? ¿Tiene el niño nacido de esta forma, derecho a usar el apellido y suceder al difunto? ¿Debe haber algún límite temporal para resguardar los derechos de los restantes herederos?

Hay quienes sostienen que debe considerársele hijo con fundamento en la identidad genética o voluntad de tener un hijo. También se menciona la posibilidad que tendría el hijo de intentar una acción de reclamación de paternidad alegando el vínculo biológico y voluntad procreacional, contra los herederos de su presunto padre²⁵. Otros consideran que debe excluirse de estos casos a los pre-embryones, porque estos deben ser considerados personas, y tienen vínculo filial desde su formación²⁶.

Más allá de las opiniones, hay algo que es indiscutible y es el derecho del niño a la identidad, amparado por la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 7°, 8° y 9°, que consiste en que no se distorsione, recorte, o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto integrado por distintos aspectos como la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, política, religiosa y social de cada persona. El niño nace y se proyecta desde sí mismo, pero en relación con los demás, y

²²De la Torre, Natalia, Uman, Nadia, "Fecundación...", cit.

²³Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida", Segunda parte, 13/04/2012, en Microjuris.com; p.12

²⁴Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora, "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima"; La Ley 27/11/2014, p.1

²⁵Herrera, Marisa, Carranza Casares, Carlos A, "La fecundación "post-mortem" y su incidencia en el derecho de filiación", Abeledo Perrot, p.11,12

²⁶Sambrizzi, Eduardo A., "Fecundación post mortem", La Ley 07/02/2012, p.1/2

tiene derecho a ser el ser que realmente es y se reconocido por los demás con una identidad propia²⁷. Uno de los aspectos más importantes es el ser reconocido por sus progenitores, quienes tuvieron la voluntad procreacional. En este sentido, resulta totalmente inadmisibles privar al niño de su emplazamiento como hijo de las personas que quisieron darle la vida, y los demás efectos que ello implica.

En derecho comparado los Estados que regulan la materia generalmente limitan los efectos jurídicos entre el nacido y el progenitor fallecido, imponen un requisito ineludible de consentimiento por parte del fallecido y, en ocasiones un doble consentimiento, para el uso del material genético y para ser tratado como padre luego del nacimiento. En algunos casos, se contempla un plazo máximo para que se lleve a cabo la inseminación o implantación en la mujer²⁸.

En este sentido, me parece importante mencionar que no sólo es necesaria una regulación por resguardo a los derechos de los padres y del niño sino también por la afectación que ello supone en materia sucesoria para el resto de los herederos. Sería óptimo establecer un límite temporal para que la FPM no quede exclusivamente sujeta a la voluntad de la mujer, y un procedimiento a seguir para evitar o resolver los conflictos que puedan suscitarse en este ámbito.

6. Consentimiento informado y su posibilidad de llenar el vacío legal

El artículo 561 del Código -el único que deja entrever una referencia a la FPM- remite al consentimiento informado. Es necesario analizar qué dice nuestro sistema jurídico respecto a este último.

El nuevo Código establece que el consentimiento debe ser prestado por todo el que se someta a TRHA de manera previa y libre, que el centro de salud es el encargado de recabarlo, y que debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Respecto a la forma y requisitos remite a disposiciones especiales, e indica que luego de su emisión deberá protocolizarse ante escribano público o certificarse ante la autoridad sanitaria. Por último, que puede ser revocado mientras no se haya producido la concepción o implantación del embrión. En relación al vínculo filial, sostiene que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que ha prestado su consentimiento, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, independientemente de quien haya aportado los gametos.

En lo que respecta a las “disposiciones especiales” a las que refiere la obra, únicamente contamos con la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, y su decreto reglamentario 956/13²⁹.

Estos agregan que el consentimiento y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho y establecen que en las TRHA de baja complejidad, puede revocarse en cualquier momento hasta antes del inicio de la inseminación, y en las de alta complejidad, hasta antes de la implantación del embrión.

²⁷Massenzio, Flavia, “El derecho al reconocimiento de toda conformación familiar. Triple filiación e identidad”, Revista Derecho de Familia, n°68, Marzo 2015, p. 47

²⁸De la Torre, Natalia, Uman, Nadia; “Fecundación...”, cit. p.7

²⁹Herrera, Marisa Lamm, Eleonora; “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, La Ley 31/07/2013, ps. 1/2

Si bien se establecen ciertas pautas sobre el consentimiento, aún quedan muchos aspectos inconclusos³⁰. Tal es así que podemos preguntarnos, cómo debe ser en la práctica el consentimiento informado, qué datos es necesario que tenga de manera obligatoria, qué efectos puede tener este en casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio, y específicamente, qué desean los interesados que se haga con los embriones o gametos en caso de fallecimiento de uno de ellos.

Estamos en este punto ante un tema que podría ser una salida viable del vacío existente en el ámbito de la filiación post mortem. Es decir, el Código establece que pueden suceder al causante los nacidos por TRHA, con los requisitos del artículo 561, que refiere a las formas de prestar el consentimiento informado. Este artículo, a su vez, remite a disposiciones especiales que a la fecha son inexistentes. Se trata de un círculo vicioso en el que un vacío remite a otro, y este a otro y que no contamos con ninguna solución.

En virtud de ello es que creo que la regulación del consentimiento mediante ley especial sería una forma de llenar -aunque sea en parte- este vacío en materia de FPM.

7. Conclusión

Como puede advertirse, la FPM surge de nuestra realidad y no es una mera cuestión teórica. Al respecto, no tenemos un régimen normativo aplicable que nos permita dar respuesta a los conflictos que se plantean³¹, situación ante la cual los jueces se ven obligados a realizar presunciones e interpretaciones en cada caso particular.

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 estos recursos que –si bien por el momento siempre han tenido los mismos lineamientos– en general resultan muy controvertidos en la doctrina nacional, lo que sin dudas genera incertidumbre e inseguridad jurídica entre los involucrados.

Se trata de un tema delicado, en el que se encuentran en juego no sólo el derecho del supérstite a formar una familia, del fallecido a que se respete su voluntad en el ámbito de la filiación, o los intereses de los herederos, sino también los derechos del niño por nacer o nacido de esta forma.

Nuestro sistema normativo actual no prevé ninguna solución al respecto, por lo cual de lege ferenda se requiere una normativa especial que trate las cuestiones específicas y detalles del consentimiento informado, a fin de reducir este campo de incertidumbres.

Una normativa uniforme y exigible a todos los eslabones que intervienen para que actúen basándose en las mismas reglas, y que abarque supuestos de FPM con material genético o embriones indistintamente, sin duda permitirá no sólo evitar las problemáticas sobre la autorización judicial de la FPM, sino también brindar soluciones a casos en los que pese a ya haberse realizado la técnica, se encuentran inconclusos en lo que hace a la filiación y sus efectos.

³⁰Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima”; La Ley 10/09/2012, p.2

³¹Lafferriere, Jorge Nicolás, “Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas”, La Ley 04/02/2015, ps. 4/5

Es función del derecho acompañar los cambios, preservando el orden y la paz de la vida en sociedad, receptando las nuevas problemáticas que en ella se presenten. Independientemente de la posición que cada uno adopte respecto al tema del presente trabajo, y lo que cada uno acepte como modelo de familia, los hechos demuestran que esto sucede en nuestro país, y prohibirlo u omitirlo no vienen a ser las mejores soluciones, ni van a impedir que siga ocurriendo, sino que en sentido contrario, genera grandes problemas.