

“EL NOTARIADO GARANTE DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL POST MORTEM”

**TEMA I: Derechos de las Familias y Derechos Humanos, su
Relación con la Actividad Notarial en el Código Civil y
Comercial.**



**Consejo Federal del
Notariado Argentino**

XXXI ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL
Consejo Federal del Notariado Argentino

Autora: María Itatí Longhi

PONENCIAS:

- La falta de regulación en el Código Civil y Comercial sobre la Fecundación post mortem, obliga a que cada caso en particular deba resolverse en sede judicial. Para evitarlo, y por la naturaleza de las consecuencias legales de la fecundación post mortem en materia de filiación y en materia sucesoria, así como los derechos involucrados en el tema, es necesario que se realice una manifestación expresa en el consentimiento informado sobre la intención de que se lleve a cabo o no, dicha práctica, y bajo que circunstancias.
- El notario es el profesional idóneo para recibir esta manifestación de voluntad para que tenga efectos post mortem, quien debe asesorar a los comparecientes sobre la necesidad de dejar previsto que sucederá con sus gametos o los embriones criopreservados si se produjera su fallecimiento durante el curso del tratamiento, informando sobre las consecuencias que podría implicar la ausencia de previsión en torno a estas cuestiones. Proponiéndose que dicho consentimiento sea protocolizado ante notario en forma obligatoria y previa al comienzo del tratamiento.

INTRODUCCIÓN:

El objetivo del presente trabajo es abordar la temática de la Fecundación Post Mortem, haciendo especial hincapié en el autosuficiencia de la Protocolización por escritura pública en sentido material y formal del Consentimiento Informado para el Sometimiento a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como garantía del cumplimiento de la voluntad de quien se somete a ellas y como un elemento de seguridad jurídica para la sociedad en su conjunto.

DESARROLLO:

La filiación es el estado de familia de mayor jerarquía dentro del parentesco y portador de las más importantes consecuencias jurídicas. El art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), enumera tres clases de filiación: por naturaleza, técnicas de reproducción humana asistida y adopción. En la filiación por

naturaleza, el elemento que origina el estado de familia, es el biológico o genético.¹ En la adopción, el elemento que origina el estado de familia es la decisión de adoptar, posterior a la gestación y la fuente legal.

La filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), fue incorporada en el actual CCCN, e implica un gran cambio respecto del modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en la legislación argentina. En la filiación por TRHA, los elementos que originan el estado de familia, son la “**voluntad procreacional**” manifestada en el “**consentimiento previo, informado y libre**” para el uso de ellas, y el acto médico, la cual debe ser manifestada antes de la concepción. Estas técnicas, han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que a través de la unión de gametos, extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el espermatozoides, conducen a facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales que se producen durante la procreación humana.²

El Código, ratifica el **sistema binario o biparental**, impidiendo que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales al mismo tiempo, ya sean de igual o distinto sexo, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. La regulación de las TRHA, hace necesario realizar esta aclaración, ya que como resultado de estos procedimientos, si se le permitiera la confluencia de aspectos genéticos y volitivos podrían generarse más de dos vínculos filiales.

La posibilidad de que ocurra el fallecimiento de alguno de los integrantes de la pareja que se encuentra en pleno tratamiento de reproducción asistida o de quien se encontraba llevando a cabo el tratamiento en forma unipersonal, no es un supuesto tan improbable. Actualmente no contamos en el país con una legislación específica acerca de la fecundación post mortem. En el anteproyecto de reforma al Código, se encontraba regulada la filiación post mortem en las TRHA, pero en su redacción definitiva fue eliminada, dejando un vacío legal en la materia. No existen disposiciones

¹ Conf. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio César Rivera y Graciela Medina. Coordinador Mariano Esper. Editorial LA LEY, Thomson Reuters, página 337.

² Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA, HERRERA MARISA, LAMM ELEONORA; “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”. Editorial LA LEY 8/08/2011. IÑIGO, DELIA, LEVI LEA, WAGMAISTER, “Reproducción Humana Asistida”, Enciclopedia de derecho de Familia, TIII, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

que la prohíban pero tampoco se la encuentra receptada en nuestro ordenamiento legal. Al respecto, podemos referirnos a que ciertos países la prohíben expresamente como Francia, Alemania, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Hong Kong, Italia, Japón, Noruega, Singapur, Eslovenia, Suecia, Suiza y Taiwán; y otros como España, Reino Unido, Bélgica, Países Bajos, Grecia, Uruguay, Brasil, Canadá, Israel, Australia, la permiten. Esta situación obliga a recurrir a la vía judicial; situación que podría evitarse si en el consentimiento informado para el sometimiento a dichas prácticas se dejara previsto entre otras cuestiones, que sucedería si durante el tratamiento fallece alguno de los miembros de la pareja.

En el fallo del Juzgado Nacional de primera Instancia en lo civil número 7, “C.E. s/Autorización” la jueza Myriam Cataldi, define a la Fecundación post mortem “...como aquella técnica de reproducción humana asistida que se lleva adelante luego del fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja y que incluye tanto la fecundación de óvulos -con semen criopreservado y/o extraído con posterioridad al fallecimiento-, como la transferencia embrionaria de manera indistinta”.³

En el Anteproyecto de reforma del CCCN, se regulaba la filiación post mortem en las TRHA, estableciendo en el art. 563 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: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 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”, texto que fue suprimido de la redacción definitiva. En consecuencia estas cuestiones comenzaron a ser objeto de disputas judiciales, las que serán analizadas a continuación.

En el caso “G.A.P. sobre Autorización” tramitado ante el Tribunal de Familia número 3 de Morón, del 21 de noviembre del 2011, se autorizó la fecundación post mortem, teniendo en consideración el **consentimiento presunto** del marido y el principio de

³JUZGADO NACIONAL CIVIL DE PRIMERA INSTANCIA N° 7. “C.E. s/autorización”. Jueza Myriam Cataldi.

legalidad, autorizándose a una mujer a implantarse el material genético crioconservado de su marido fallecido ocho meses antes, durante el proceso de fertilización, aunque sin adoptar una postura expresa respecto del vínculo filial con el causante; se estableció que “si el marido, en junio de 2010 prestó el consentimiento para criopreservar su material con fines reproductivos, y una vez diagnosticada su enfermedad, teniendo la posibilidad de revocar dicho consentimiento durante sus últimos nueve meses de vida no lo hizo, es presumible entender que ese consentimiento se mantuvo”.⁴

Otro es el caso “S.M.C. s/medida autosatisfactiva” que llegó hasta la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza en el cual los jueces terminaron revocando la sentencia del tribunal de primera instancia que había denegado la autorización requerida.⁵

En “D.M.H y otros s/Autorización”, Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil, Sala B, un hombre que debía someterse a un tratamiento de quimioterapia que podía producirle esterilidad procedió a la extracción de una muestra de sus gametos con el fin de que su conviviente pudiera realizar un tratamiento de fertilización asistida. En el formulario de deposito de gametos el padre de aquel firmó invocando ser su tutor. Luego del fallecimiento los padres y la conviviente solicitaron autorización judicial para que se llevara a cabo el procedimiento de fecundación post mortem. La sentencia de primera instancia denegó el pedido y la Cámara lo confirmó. Los fundamentos fueron que la posibilidad de utilizar y transferir gametos masculios, queda en el ámbito de los derechos personalísimos, y en estos el consentimiento a tales fines no puede presumirse debiendo ser de interpretación restrictiva y no pudiendo ejercerse por representación, de acuerdo a los arts. 51, 53, 56 y 264 del CCCN, y “... si la persona está en coma, aunque se le incapacite judicialmente y se le nombre un tutor, nunca su voluntad podría ser suplida por el tutor, ni siquiera con autorización judicial, ya que la extracción de material genético y el uso del mismo con fines de reproducción tras su muerte requiere un consentimiento personalísimo al estar implicados en el derecho de autodeterminación y la integridad física”.⁶

⁴ Tribunal de Familia número 3 de Morón, “G.A.P.” Revista de Derecho de Familia nº III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, “S.M.C. s/medida autosatisfactiva”.

⁶ Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil, Sala B ; “D.M.H y otros s/Autorización”, 3/04/2018.-

En “C. E. s/AUTORIZACION”, debió ser denegada la autorización judicial para la utilización de semen criopreservado de quien fuera su cónyuge en vida, por no contar con el debido consentimiento informado para la realización de un tratamiento de fertilización asistida post mortem, puesto que en el expediente no surge que se hubiere dado cumplimiento a un requisito básico para cualquier técnica de fecundación humana asistida, que es el consentimiento informado prestado en forma expresa y personal por la persona interesada en llevarla adelante después de su muerte. “...habiendo M. tomado conocimiento de la gravedad de su enfermedad, le preguntó al oncólogo si después del tratamiento podría tener hijos, éste le aconsejó someterse al procedimiento de criopreservación de esperma, puesto que la quimioterapia podía afectar la capacidad reproductiva. Por tal razón, M. y su esposa, decidieron practicar el procedimiento indicado ya que ambos tenían un deseo enorme de tener un hijo, pero la enfermedad de aquél, apuró los acontecimientos.... se adjunta el contrato que celebró el Sr. M. T... con P Medicina Reproductiva, mediante el cual ésta última se obliga a la criopreservar y almacenar las muestras de semen de aquél, quedando facultado el contratante a determinar el futuro de las muestras de semen congelado”.⁷

En el caso “K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y fertilidad y ot. s/ amparo”, una mujer interpuso un proceso de amparo solicitando que se la autorizara a retirar las muestras de semen de su marido fallecido de un centro médico, de conformidad a la firma contractual cumplida antes de iniciar quimioterapia, y que se ordenara a su obra social a brindarle la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida. Así, la Justicia Nacional se pronunció ordenando al centro médico la entrega del material genético, y a la obra social, la cobertura del tratamiento.⁸

Los casos jurisprudenciales presentados en nuestro país, responden en líneas generales a tres situaciones:

⁷JUZGADO NACIONAL CIVIL N° 7 CABA, “C., E. s/AUTORIZACION”, 05/02/2020. Jueza Myriam M. Cataldi.

⁸JUZGADO NACIONAL CIVIL N.º 3, “K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y fertilidad y ot. s/ amparo”; 3/11/2014.

- a) la solicitud de la extracción de material genético del cónyuge o del conviviente repentinamente fallecido o en estado vegetativo a efectos de utilizarlo para su posterior fecundación.
- b) la solicitud de ser inseminado artificialmente con material genético del cónyuge o del conviviente fallecido durante el proceso de concretización de las TRHA. En estos casos el semen fue congelado en vida de la persona, pero no llegó a producirse la concepción in vitro.
- c) la solicitud de implantación de un embrión crioconservado generado mediante las TRHA.⁹

Del análisis de los fallos podemos observar que los mismos han tenido resoluciones en diversos sentidos tanto durante la vigencia del Código Velezano como durante la vigencia del CCCN. Y la falta de regulación en la materia deja en manos de los jueces la difícil tarea de decidir en cuestiones que tendrán como consecuencia la autorización o no a la realización de un procedimiento que dará lugar a una vida humana.

Los argumentos que esgrimen los jueces a la hora de dictar las sentencias son variados pero principalmente se han centrado, por un lado en la aplicación de nuestra Constitución Nacional, nuestra ley de fondo, y los tratados internacionales sobre derechos humanos con Jerarquía constitucional, y por otra parte el consentimiento informado del cual se deriva la voluntad procreacional post mortem, analizando en cada caso puntual si el mismo fue prestado y en algunos casos haciendo lugar a los pedidos basados en un consentimiento presunto.

FUNDAMENTACIÓN DE LAS PONENCIAS:

Los precedentes jurisprudenciales analizados exponen la falencia que se deriva del silencio legislativo y la importancia de contar con reglas jurídicas claras al respecto, ya que la falta de regulación sobre el tema habilita la total discrecionalidad del juez a la hora de fallar.

⁹ Conf. Gabriel Bedrossian; Fecundación post mortem: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo. (<https://www.erreius.com/actualidad/11/familia-sucesiones-y-bioetica/Nota/739/fertilizacion-post-mortem-un-limite-necesario-frente-al-entusiasmo-de-permitirlo-todo>)

Al dictar sentencia los jueces tienen que tener en cuenta no solo la normativa Nacional, nuestra Constitución y la legislación de fondo, sino también los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que han sido incorporados al “bloque de constitucionalidad” en la reforma de nuestra Constitución 1994, en el art. 75 inciso 22. “...En este sentido, ninguna norma puede violentar, omitir o contrariar aquel bloque, de allí que se afirme en el campo de interés directo de las TRHA, que en Argentina el derecho civil se encuentra constitucionalizado y convencionalizado.¹⁰

En este sentido el CCCN en sus arts. 1 y 2 brinda normas interpretativas a los jueces, y exige tener en cuenta la finalidad de la constitución nacional a la hora de interpretar sus normas, los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho. Asimismo, aplican el principio de legalidad del art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto a que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

También, se aplica la Ley 26.862 de Reproducción médicamente asistida cuyo objeto es el de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Esto es concordante con la aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”.

Tal como se ha mencionado, se encuentran en juego derechos personalísimos del ser humano, y que involucran el hecho de tener o no tener un hijo. Se trata de un tema íntimamente vinculado con el derecho a la vida privada y familiar (art. 11 C.A.D.H.), a la integridad personal (art. 5.1 C.A.D.H.), a la libertad personal (art. 7.1 C.A.D.H.), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 C.A.D.H.), a gozar de los beneficios del progreso científico, al derecho de toda persona a formar una familia (art. 17 C.A.D.H.), y el derecho de autodeterminación.

Siendo una situación que se presenta en la realidad y que lo será cada vez con mayor frecuencia a la par del desarrollo y acceso a las TRHA, es necesaria la existencia de una clara regulación en la materia. Ya que no tenemos la certeza de que las decisiones

¹⁰ Conf. HERRERA, MARISA, “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: La experiencia en el derecho argentino”. Revista de Antropología Social. Ediciones Complutense. P 356.

judiciales de los casos analizados hayan reflejado la voluntad de las personas fallecidas. Es posible algunas hayan abandonado este mundo sin imaginarse que tendrían hijos después de fallecidos. Y seguramente, otras se fueron esperando que su pareja pudiera finalizar el tratamiento y le fue denegado. Esta situación nos lleva a que muchas de las decisiones tomadas puedan no haber reflejado la voluntad del fallecido.

El art. 561 del CCCN, regula la forma y requisitos del consentimiento para el sometimiento a las TRHA, estableciendo que su instrumentación "...debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción...es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión". Pero tal como se puede ver, guarda silencio en lo que respecta a la posibilidad de que ese consentimiento tenga validez post mortem.

Este tipo de consentimiento además de tener las características comunes a todo consentimiento informado para la realización de otros tratamientos médicos, tiene vital importancia ya que debe revelar la **voluntad procreacional** y será fundamental para el emplazamiento filial, pudiendo generar efectos respecto de terceros. Es por esta razón que se exige que sea **clara y precisa**, luego de haberse recibido en forma previa la información acerca del procedimiento. Este consentimiento debe ser recabado por el centro de salud interviniente y debe renovarse cada vez que se realice una nueva técnica.

La instrumentación del consentimiento debe contener los requisitos previstos por la ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Esta práctica a su vez, deberá adecuarse en lo pertinente a lo previsto en la ley 26.529 de derechos del paciente y la ley 25.326 de Protección de Datos Personales.¹¹Tal como se desprende de la normativa, la información que reciben las personas que van a someterse a las prácticas es únicamente respecto de los procedimientos, y atinentes a cuestiones clínicas, médicas y científicas, pero no reciben un asesoramiento jurídico sobre las consecuencias de

¹¹ Conf. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio César Rivera y Graciela Medina. Coordinador Mariano Esper. Editorial LA LEY, Thomson Reuters.

las mismas, sería conveniente que se exija un asesoramiento legal previo. Así como tampoco lo reciben en la autoridad sanitaria, que se limita a hacer una mera certificación del mismo. Por lo expuesto se propone la obligatoriedad de que el consentimiento informado sea completo y protocolizado en escritura pública en sentido formal y material con el debido asesoramiento del notario, que pueda explicar sus **consecuencias jurídicas** y sugiera realizar previsiones para el futuro; e incluya manifestación expresa sobre la fecundación post mortem. Es evidente que cuando se tiene un hijo por medios naturales, no es necesario un asesoramiento jurídico, pero la consecución de ese fin mediante las TRHA si lo requieren, por tratarse de un mecanismo complejo muy vinculado a la bioética y que exige tener esos recaudos.

Es entonces que el consentimiento informado formal cumple un rol esencial en el campo de la filiación derivada de las TRHA; con la exigencia de ser particular o específico en el caso de la Fecundación Post Mortem al proyectarse lo que acontecería en el supuesto de fallecimiento de quien o quienes quieren ser padres. En este sentido hay fallos que consideran que sería posible apelar a la noción de consentimiento presunto y probar por diferentes medios la supuesta “voluntad procreacional”.

En este sentido es riesgoso hablar de Consentimiento Presunto, es necesaria una declaración de voluntad expresa. Muchos manifiestan la necesidad de que los centros de salud reproductiva den la posibilidad de decidir que hacer después de la muerte, pero más que una necesidad debería ser una manifestación obligatoria, a los efectos de brindar certeza tanto a quien se va a someter al tratamiento, a los órganos jurisdiccionales, a los terceros involucrados y a los profesionales médicos intervinientes; entendiéndose que debido a la entidad de dicha manifestación la misma deberá ser hecha en sede notarial, y en forma previa al comienzo del tratamiento, a fin de evitar todo tipo de situaciones no planeadas.

Tal como se menciona precedentemente es necesario que al momento de otorgar el consentimiento informado se deje prevista cual es su voluntad en caso de que alguno muera, en caso de divorcio, cual será el destino de sus gametos o de sus embriones, dejar previsto si desean que sean donados a terceras personas o donados a la ciencia, y de esta manera respetar la voluntad de la persona fallecida frente a su deseo o no de tener hijos luego de la muerte. Es importante que aquella persona que desea que

el tratamiento continúe aun luego de su muerte, pueda descansar en paz sabiendo que su voluntad va a ser cumplida. Otorgando de esta manera seguridad jurídica y garantizando el derecho a la identidad de ese niño que va a nacer, pudiendo establecerse el vínculo filial con la persona fallecida en virtud de su voluntad procreacional manifestada en el consentimiento informado, lo que se traduce en una correcta inscripción del niño, en protección de su interés superior, de su derecho a identidad, y los derechos sucesorios.

Esta declaración, tal como cita el artículo, debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación por la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción; a efectos de otorgar seguridad jurídica. La protocolización ante escribano público, a la que refiere el artículo, puede realizarse por medio de una escritura pública en sentido material y formal o por medio de una escritura acta. La doctrina considera que lo más conveniente para brindar seguridad jurídica al consentimiento médico para el sometimiento a las TRHA, es el otorgamiento de una escritura en sentido formal y material, garantizando así fecha cierta, autenticidad, guarda, reproducción, conservación y certeza, cuyo contenido será la manifestación inequívoca del o los otorgantes para someterse a dichas prácticas médicas y ratificar la voluntad procreacional de asumir el vínculo filial de acuerdo con la normativa vigente.

En la escritura deberán manifestar cuestiones como la decisión de recibir material heterólogo, la cantidad de transferencia de embriones o el número de ovocitos a inseminar, el destino de los embriones crioconservados en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad de matrimonio, o muerte de alguno de ellos, debiendo optar en este caso entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja, donados para la investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de estos supuestos. Y luego de la declaración, que constituye un acto jurídico, se procederá a la transcripción del instrumento de consentimiento médico informado, cuyo original quedará agregado al protocolo.¹²

¹² Conf. Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado. Coordinado por Eduardo G. Clusellas. Editorial ASTREA. FEN Fundación Editora Notarial, pág. 726.

En cuanto a la forma en la cual se otorga ese consentimiento, es importante destacar las ventajas que podemos enumerar que trae consigo la protocolización del mismo ante escribano público frente a la certificación por la autoridad sanitaria. En primer lugar, por el asesoramiento que el notario como profesional del derecho puede brindarle a los requirentes que van a someterse a las TRHA, sobre la necesidad de prever las cuestiones ya citadas, y las consecuencias de las mismas en cuanto a la filiación y derecho sucesorio. No solo es importante para que pueda cumplirse la voluntad de la persona que falleciere sobre su deseo de ser o no ser padre/madre luego de su muerte, sino también para evitar contiendas con posibles familiares que tuvieran intenciones de que ese nacimiento no se produzca por intereses en la sucesión del fallecido. Siendo que se trata de una manifestación de consentimiento que potencialmente podría tener valor para después de su muerte, podemos decir que el profesional idóneo y naturalmente capacitado para redactar estas directivas es el notario. El profesional que naturalmente se dedica y tiene experiencia en la redacción de cláusulas para que tengan vigencia luego de la muerte a través de la redacción de testamentos, es el notario, por eso es el indicado para que pueda asesorar y plasmar la voluntad de las personas que se someterán a las técnicas, garantizando de esta manera la seguridad jurídica tanto para ellos como para terceros.

La protocolización ante notario, le otorga matricidad al consentimiento informado, lo cual es de suma importancia para el supuesto de su extravío y la posibilidad de que se puedan expedir ulteriores copias del mismo; así como también garantiza la capacidad y el correcto entendimiento del consentimiento informado que se está prestando, para protección de la persona y de terceros que pretendan oponerse a esa voluntad del causante.

Si bien no es objeto del presente trabajo también se debe tener en cuenta el posible entrecruzamiento entre la fecundación post mortem y la figura de la gestación por sustitución, en los casos en que no puede llevarse a cabo el embarazo por parte de la persona que queda viva.

También el notario podría recibir la voluntad de la persona respecto de la fecundación post mortem, por medio de un testamento o acta de autoprotección en miras de una posible incapacidad, pero debemos destacar que no todas las personas que se

someterán a las TRHA tienen en miras realizar un testamento o acto de autoprotección. Sería necesario que el consentimiento sea autosuficiente.

A pesar de que la normativa sobre Fecundación post mortem finalmente fue suprimida de la actual redacción del CCCN, podemos decir, que la normativa proyectada era incompleta, ya que permitir la FPM sólo ante la existencia de embriones in vitro constituye una opción legislativa sumamente restrictiva, debiendo tener, en materia de FPM, el mismo tratamiento jurídico que los gametos de conformidad con la doctrina que emana de la CIDH en el fallo “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” del 28/11/2012 y reafirmado en el fallo del 26/02/2016 en el proceso de seguimiento o cumplimiento de sentencia.

Actualmente existe un proyecto de Ley de Fertilización post mortem elevado al poder legislativo que propone la incorporación del art. 561 bis y la modificación de los arts. 562 y 2279 del CCCN. Proponiéndose la revocación del consentimiento por causa de muerte ante el fallecimiento de una persona, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión a menos que la persona consienta en el correspondiente consentimiento informado que sus gametos o los embriones criopreservados sean utilizados por su cónyuge o conviviente después de su fallecimiento; y que la inseminación o la transferencia del embrión se produce dentro del año siguiente al deceso. Quedando prohibida la extracción post mortem de material genético de conformidad con lo previsto en los arts. 55 y 56.

Por lo expuesto, propongo la obligatoriedad de la protocolización del consentimiento informado para el sometimiento a las TRHA, ante notario en escritura pública en sentido formal y material, como garantía de la voluntad de quien se someterá a las prácticas, en la cual se haga expresa alusión a si desea que el mismo tenga o no validez post mortem y sus modalidades, el cual deberá ser otorgado y protocolizado en forma previa al sometimiento a las técnicas, considerándose insuficiente la manifestación de validez del consentimiento post mortem en un formulario pre impreso ante la autoridad sanitaria, por entender que dicho acto requiere de las formalidades y de la seguridad que solo puede otorgarle la escritura pública y la intervención del notario. Asimismo se propone, la creación de un Registro, bajo la órbita del Colegio de Escribanos, pudiendo tomarse como ejemplo alguno de los registros especiales existentes en la provincia de Buenos Aires, como el de testamentos y el de actos de

autoprotección; para inscribir los consentimientos informados y sus revocatorias, a los efectos de que pueda ser consultado por la institución médica antes de autorizar el procedimiento.

En virtud de lo expuesto, frente a la realidad normativa y judicial imperante en la materia, considero que el notario a través de la protocolización del consentimiento anticipado investirá al mismo de seguridad jurídica evitando futuros conflictos, asegurando que la voluntad de las partes sea cumplida aun luego de su muerte y como en tantas otras oportunidades ejerciendo un rol de justicia preventiva, tan importante para la paz social.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- Se hace constar, que la bibliografía consultada se encuentra citada en las notas al pie de cada página respectivamente.