

>> Haciendo lazos



Fertilización post mortem en Argentina. Breves consideraciones desde el Bioderecho sobre la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el expediente "L., J.L. s/ autorización"

Mg. Martín Labombarda *

El 21/08/24 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) emitió sentencia en un caso en el que una mujer venía solicitando –con resultados desfavorables en las instancias anteriores- autorización judicial para continuar con el procedimiento de Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI) que había iniciado con su excónyuge fallecido. Según lo que surge del relato de los hechos, aquel material genético se encontraba criopreservado en la clínica de fertilidad interviniente y ésta le exigió a la mujer una autorización judicial –como suplente de la voluntad del exmarido- para la prosecución del tratamiento. La actora también relató que además de la suscripción del consentimiento informado por parte de ambos para el comienzo del procedimiento reproductivo, su ex cónyuge había otorgado mediante escritura pública un poder general amplio de administración y disposición a su favor, que contenía una cláusula que –a su criterio- la autorizaba a intervenir e interesarse en todo lo concerniente a la muestra de esperma oportunamente suministrada. Añadió que el posterior fallecimiento de su otorgante no obstaba a la validez de ese poder, teniendo en cuenta especialmente que en vida él no había efectuado acto alguno del que pudiera presumirse su disconformidad con la continuación del tratamiento¹.

En su pronunciamiento la Corte Suprema consideró que el recurso extraordinario que había motivado la elevación del expediente no cumplía con el requisito de fundamentación

¹ Expediente "L., J.L. s/ autorización", Fallos: 347:1031 Según la plataforma fáctica expuesta en los votos que la desarrollaron, la actora había contraído matrimonio con A.H.S. el 05/11/03. En el mes de febrero de 2013 el señor A.H.S. otorgó un poder general amplio de administración y disposición que en su cláusula XIV expresaba "... Así también queda autorizada para la cantidad de veces que se considere necesario de las muestras de semen del compareciente las cuales se hallan en el laboratorio de SEREMAS". El 30/05/16 suscribieron el consentimiento informado para comenzar un tratamiento reproductivo y el 17/09/20 se produjo el deceso de A.H.S.

autónoma. Para quienes no están emparentados con las ciencias jurídicas, con esa expresión se alude a que la presentación recursiva realizada por la actora no cumplía con los recaudos de traer un detallado relato de los hechos que permitiera vincularlos con las cuestiones que se planteaban como de naturaleza federal, rebatiendo todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia de la instancia anterior a través de una crítica concreta y razonada².

No obstante, los señores ministros doctores Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti desarrollaron una serie de consideraciones que son las que inspiran esta exposición y que pueden sintetizarse así: a) a influjo de los artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial argentino (CCC)³ está vedado admitir el consentimiento presunto o anticipado de una persona; b) el consentimiento necesario para la disposición de un derecho personalísimo es de interpretación restrictiva y libremente revocable, razón por la cual no cabe presumir un asentimiento realizado post mortem, máxime teniendo en cuenta que la voluntad procreacional es el eje de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida.

Aprovechando estas afirmaciones, el propósito limitado de este trabajo se ciñe a avanzar en un interrogante cardinal: ¿Es una regla inamovible y sin matices la exigencia del consentimiento expreso dado en vida por el fallecido, para que la persona con quien compartía un plan de parentalidad pueda continuar con el procedimiento reproductivo?. En lo que sigue, previo contextualizar a la fertilización post mortem (FPM) en el panorama legislativo argentino y en las discusiones bioéticas que la atraviesan, intentaré avanzar desde una perspectiva biojurídica hacia apreciaciones que, aunque puedan no ser concluyentes, quizás lleven a visitar algunos conceptos expuestos en la sentencia de la Corte Suprema.

² CSJN, Fallos: 347:329; 315:142 y 325:1478, entre muchos otros.

³ El art. 560 del CCC argentino establece: "Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones". Por su parte, el art. 561 dispone: "Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento 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. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

1. Nociones introductorias

El procedimiento conocido como FPM conoce diversas alternativas que dependen del escenario fáctico que la rodea. Una de las opciones es que una persona se someta a la inseminación de material reproductivo del cónyuge o conviviente que fallece luego de haber iniciado el proceso de una técnica de reproducción humana asistida (que, como se sabe, consta de diversas etapas que se prolongan en el tiempo). Otra alternativa es que después de la muerte de la persona con quien se compartía un plan de parentalidad se requiera la transferencia de un embrión humano generado extracorpóreamente y oportunamente criopreservado. Por último, aunque se discute su inclusión como un supuesto de FPM, puede presentarse el caso de que un integrante de una pareja fallezca imprevistamente y quien lo sobrevive solicite la extracción y conservación de material reproductivo cadavérico para su ulterior utilización⁴.

Cualquiera sea el supuesto, todos tienen la cualidad común de presentarse como un singular camino de proyectar familias en el sentido plural que viene marcando hace años la jurisprudencia interamericana. Pero a la par de ello, no puede soslayarse que atento las circunstancias que la preceden, acompañan y sobrevienen, la FPM genera dilemas éticos y jurídicos que interpelan no sólo al Derecho sino también a todas las disciplinas que con sus perspectivas específicas asumen protagonismo en el estudio de los esquemas familiares. De ello me ocuparé más adelante.

Antes, es oportuno recordar que Argentina tiene en su haber varios intentos legislativos fallidos. El más saliente se enmarcó en el Anteproyecto del CCC que en su originario artículo 563 prescribía: *"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"*⁵.

⁴ FAMÁ, María Victoria, *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 248.

⁵ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Infojus, 2012.

Esa norma proyectada generó varias críticas y fue suprimida en los debates parlamentarios que precedieron a la sanción del CCC que entró a regir en Argentina el 01/08/15⁶. Esto explica la invocación de los artículos 560 y 561 del CCC en algunos fragmentos del fallo de la Corte Suprema, extendiéndolos en sus alcances a la FPM. Luego desarrollaré por qué este aspecto de la sentencia me parece cuanto menos controversial.

2. La FPM en el debate bioético. El consentimiento expreso o implícito. Sus alcances y proyecciones póstumas

El acotado objetivo de este trabajo y la intención de retomar lo antes posible el interrogante planteado hacen que exponga muy propedéuticamente los dilemas éticos que dividen posturas que parecen irreconciliables. En efecto, mientras por un lado se sostiene que regular en Argentina la FPM implicaría honestar la voluntad procreacional de las personas y responder a un principio de realidad social, simultáneamente se le objeta que es una técnica que genera niños/as deliberadamente huérfanos/as de un progenitor. También se le achaca la cualidad de ser un procedimiento en el que no existe un proyecto de familia y que en los hechos termina convirtiéndose en una especie de perpetuación, a través de un/a hijo/a, de la memoria de la persona fallecida⁷.

Dado el objeto trazado desde el principio, aquí profundizaré en una discusión diferente que, si bien ya estaba instalada, la reciente sentencia de la Corte Suprema propicia renovarla. Vuelvo por si acaso a recordarla: Si es una regla sin matices la exigencia del consentimiento expreso dado en vida por el fallecido, para que la persona con quien compartía un plan de parentalidad pueda continuar con el procedimiento reproductivo. Un frente, pues, donde el principio bioético de autonomía intenta abrirse paso con distinto éxito tanto en la órbita

⁶ Un detallado relato de los debates que se dieron en todo el país en relación al texto del Anteproyecto puede hallarse en BESCÓS VERA, Inés, PÉREZ, Agustina, "Fertilización post mortem: ¿Una forma novedosa de familia?", *Técnicas de reproducción humana asistida*, tomo II, HERRERA, Marisa (dir.), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, pps. 143 y ss.

⁷ Para ampliar sobre los argumentos que respaldan la regulación de la FPM y los que la resisten, ver FAMÁ, María V., *ob. cit.*, BERGEL, Salvador D., FLAH, Lily R., HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, WIERZBA, Sandra, *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pps. 393 y ss., PÉREZ, Agustina, "Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mortem ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2016-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pps. 181 y ss.; SAMBRIZZI, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pps. 187 y ss., entre muchos otros.

jurisprudencial como doctrinaria⁸, que campean entre asumir una postura permeable a la conformidad implícita y contextualizada según las circunstancias en que se produjo la muerte y/o exigir la existencia de un consentimiento expreso en tanto manifestación de voluntad personalísima e intransferible.

3. Los argumentos desarrollados en el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Un análisis desde el Bioderecho

Presentar el estudio de una decisión jurisdiccional desde el Bioderecho como campo interdisciplinario para acometer temáticas que no pueden ser analizadas de manera particularizada⁹ aconseja –y a veces obliga– acudir a interpretaciones que subsanen eventuales insuficiencias o deficiencias normativas. O sea, una labor integradora de las herramientas disponibles con el auxilio de principios como pautas orientadoras, teniendo como límite no arribar a la sustitución de la ley ni a decisiones objetivamente irreconciliables con ella.

Desde este esquema y como lo adelanté, no veo que sean claramente trasladables las previsiones de los arts. 560 y 561 del CCC a los casos de FPM. En lo pertinente, del juego de ambas normas surge que el consentimiento informado “debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones” y que es “libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”. Siguiendo el razonamiento que intento proponer, llevar esta exigencia al escenario en estudio puede ser problemático desde dos puntos de vista: a) ya no hay quien pueda renovar o revocar el consentimiento que oportunamente prestó, por lo que hacer operativas aquellas normas en la FPM termina generando el cumplimiento de una condición imposible fáctica y jurídicamente; b) puede haber una contrariedad con otro criterio consolidado en materia de interpretación y aplicación de las leyes, consistente en que en esa tarea no pueden soslayarse los cambios sobrevinientes de los contextos fácticos que también orientan la razonabilidad de las soluciones que se adoptan. Hasta aquí este análisis estrictamente jurídico, que ahora lo

⁸ Una completa reseña de los precedentes jurisprudenciales argentinos, con sus diferentes criterios y argumentos sobre el punto puede encontrarse en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo VI-B. Actualización doctrinal y jurisprudencial, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2023, pps. 292 y ss.

⁹ FLORES TREJO, Fernando, *Bioderecho*, México D.F., Porrúa, 2004, p. 167.

empalmaré con una posible relectura en clave bioética en relación a la exigencia del consentimiento expreso para poder llevar a cabo una FPM.

Con ese fin, es oportuno tener presente que se sostiene y argumenta que la voluntad procreacional es una noción que engloba elementos estáticos y dinámicos. Los primeros consisten en el acto formal de otorgamiento de consentimiento informado ante el centro de salud, mientras que la faz dinámica se refleja en la realización del proyecto parental y en el ejercicio efectivo del rol de progenitor¹⁰. También se postula el interrogante sobre si el desdoblamiento del consentimiento para el proceso procreativo (o sea, primero para iniciar la práctica, luego para la utilización de los gametos) permite vislumbrar un solo consentimiento que se forma progresivamente o, en cambio, si son consentimientos diversos y con objetos distintos, aunque enlazados por una misma causa-motivo: concebir un/a hijo/a¹¹.

Retomando y armonizando estos elementos se podría construir el siguiente razonamiento de directa incidencia en el asunto debatido: 1) Focalizarnos sólo en el acto de otorgar el consentimiento informado limitaría a la voluntad procreacional a su aspecto estático; b) Si se asume que esa manifestación de voluntad es progresiva y va transitando naturalmente distintas etapas, la interrupción de ese camino por la muerte de uno de los protagonistas no puede ponerse en un pie de igualdad con otras posibles contingencias, como puede ser una revocación expresa del consentimiento originariamente prestado. Porque si bien en ambos casos la progresividad ya no será posible, los condicionantes son sustancialmente diferentes. En el primer escenario hasta podría ensayarse un principio de confianza legítima edificada en el hecho de haberse prestado conformidad para el inicio de un tratamiento reproductivo, finalmente inconcluso. En el otro panorama, ello claramente no es posible. Por ende, vuelve a instalarse la duda de si la contingencia del fallecimiento debe clausurar indefectiblemente y sin matices el plan de parentalidad que la persona que sobrevivió tenía y ahora conserva.

En este derrotero creo oportuno recordar un postulado –al que adhiero– que se enfatiza desde la Bioética: en la relación médico-paciente un consentimiento no se agota en un solo acto sino

¹⁰ GERI, Leonardo, “Una aproximación a las dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional a partir de la reproducción asistida post mortem”, *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, Barcelona, 2022, pps. 48-64.

¹¹ Para ampliar, ver *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, tomo III, ALTERINI, Jorge H. (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2015, comentario al art. 560, pps. 451 y ss.

que es un proceso¹². Su expresión tiene un momento específico y localizado pero luego se proyecta (manteniéndose o cambiando, total o parcialmente) en el tiempo. A veces esas modificaciones devienen pura y exclusivamente de una ulterior reflexión de las personas, que las lleva a retrotraer sus voluntades iniciales. Otras pueden ocurrir por circunstancias absolutamente externas que obligan a que aquel proceso decisorio sea repasado. Estas premisas, pues, pueden constituir una base para dejar abierta a nuevas reflexiones el acierto o desacierto de la postura de sostener, sin excepción, la exigencia de un consentimiento específico para la utilización de material genético o una transferencia embrionaria cuando un destino luctuoso e inesperado mutó repentinamente una parte del plan primigenio. Y ante la eventualidad de aceptar excepciones, establecer si éstas serían las mismas tanto para la inseminación de material genético como para la transferencia de embriones humanos¹³, como así también elucidar si corresponde o no prefijar condiciones temporales y/o probatorias.

4. Conclusiones

A la luz del diseño limitado de este trabajo –repensar, en lo pertinente, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el expediente "L., J.L. s/ autorización"- expuse los motivos por los que entiendo opinable la aplicación de los artículos 560 y 561 del CCC a la FPM. Luego dejé planteado el interrogante, desde una perspectiva dinámica de la voluntad procreacional y la variable progresiva del consentimiento, sobre si debe ser una regla -sin matices- la exigencia del consentimiento expreso dado en vida por el fallecido para que la persona con quien compartía un plan de parentalidad prosiga con el procedimiento reproductivo post mortem.

Como adelanté, no pretendí dar una respuesta concluyente sino abrir una zona que sume argumentos éticos y jurídicos. La FPM se realiza hace años en Argentina y no hay señales de

¹² La siguiente transcripción vale por toda explicación de lo señalado: "La toma de decisiones en el seno de la relación médico-enfermo no es un hecho aislado sino un proceso continuo que comienza en el mismo instante en que el paciente acude al médico, y que finaliza cuando la salud objetiva y subjetiva ha sido recobrada. Aunque es cierto que existen momentos concretos dentro de esta línea continua en los que se toman decisiones más relevantes, la obtención del consentimiento informado no se limita tan sólo a estos instantes" (LORDA, Pablo Simón, CONCHEIRO CARRO, Luis, "El consentimiento informado: teoría y práctica (I)", Medicina Clínica, Vol. 100, Barcelona, pps. 659-663.

¹³ Un matiz diferenciador para admitir el consentimiento presunto en la FPM cuando lo que se encuentran involucrados son embriones no transferidos es desarrollado por GERI, Leonardo, "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina", Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas, Barcelona, 2019, 46: 149-165.

que vaya a dejar de hacerse. En ese contexto no debería ser el Poder Judicial quien defina su suerte sino el Poder Legislativo con un marco que brinde certeza y previsibilidad, sea admitiéndola o prohibiéndola. Mientras tanto, nuestro rol seguirá siendo abrir caminos y lazos interdisciplinarios que nos conduzcan a las conclusiones más razonables posibles, con el compromiso de volver sobre ellas si las circunstancias esencialmente cambiantes en el campo de la Bioética así lo mandan.

**Abogado (UCALP), Especialista en Derecho Civil (UNLP), Especialista en Bioética (FLACSO Argentina), Máster en Bioética y Derecho (Universidad de Barcelona), profesor adjunto de Derecho Privado I (Parte General) y director del Seminario de Grado de Bioética y Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Profesor de posgrado en las carreras de Especialización en Derecho Civil y Especialización en Derecho de Familia de la UNLP. Director y docente de la Diplomatura en Bioética y Derecho a la Salud de la Universidad del Este (La Plata). Expositor en distintos cursos, congresos y jornadas académicas. Autor de libros y artículos referentes a diversas temáticas de Derecho Civil y de Bioética.*

¿Cómo citar este artículo?

Labombarda, M. (2024) *Fertilización post mortem en Argentina. Breves consideraciones desde el Bioderecho sobre la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el expediente "L., J.L. s/ autorización"*; Boletín Bioeticar Asociación Civil, vol. IV, N°12, noviembre 2024, ISSN 2953-3775

<https://www.bioeticar.com.ar/boletin12.html>