

Balance de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre técnicas de reproducción humana asistida (2015-2024)

por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE^(*)

Palabras clave: embriones - embriones crioconservados - TRHA - fecundación *post-mortem*

Resumen: Este trabajo revisa la jurisprudencia de la CSJN sobre técnicas de reproducción asistida, destacando una postura de no intervenir en la regulación que corresponde al legislador. La CSJN ha validado la constitucionalidad de normas del CCCN que limitan la subrogación de maternidad y afirmó que no hay vacío legal en este tema. Sin embargo, en ciertos fallos recientes, como el de crioconservación de embriones y cobertura del DGP, evitó decisiones de fondo sobre la naturaleza de orden público de estas normas, dejando firme la autoridad del legislador. El autor alienta a tener esperanza en que futuras decisiones protejan a los embriones y respeten principios de dignidad humana en las técnicas de reproducción.

1. Introducción

Entre 2015 y 2024 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha emitido cinco sentencias en que abordó cuestiones vinculadas con las técnicas de reproducción humana asistida. En esta nota, me propongo hacer un balance sobre el contenido de estos fallos a fin de poder extraer algunas conclusiones sobre la forma en que la Corte interpreta las normas vigentes en Argentina en la materia.

Las cinco sentencias a analizar en forma crítica son:

- CSJN, “L., E.H. y otro c. O.S.E.P s/amparo”, 1/9/2015, Fallos 338:779: la Corte rechazó la pretensión de obligar a la obra social provincial a brindar la cobertura del diagnóstico genético preimplantatorio, en tanto no está incluido dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley 26862.

- CSJN, “Y., M.V. y otro c. IOSE s/amparo de salud”, 14/8/2018, Fallos 341_929: la Corte sostiene que resultó inconveniente la interpretación que hizo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en cuanto restringió a tres en total la cantidad de tratamientos de alta complejidad a ser cubiertos por la obra social, a tenor del Decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26862. Para la Corte, ese límite de tres tratamientos debe interpretarse que se aplica anualmente.

- CSJN, “P., A. y otro s/autorización”, 20/8/2024: la Corte considera que el Ministerio Público Fiscal no posee competencia para apelar una sentencia que consideró innecesaria la autorización judicial para el descarte de tres embriones humanos crioconservados por la existencia de acuerdo de los actores y porque la clínica no se opuso a la decisión. El Ministerio Público de la Defensa había ya desistido del recurso con anterioridad y la Corte Suprema había tomado nota de ello (CSJN, “P., A. y otro s/autorización”, 21/3/2023).

- CSJN, “L., J.L. s/autorización”, 21/8/2024: la Corte desestima el recurso extraordinario por considerar que carece de fundamentación autónoma y deja firme una sentencia que había rechazado la autorización judicial para realizar una fecundación con gametos de su marido fallecido (*post-mortem*). Los jeces Rosatti y Lorenzetti formulan consideraciones propias en sus votos.

- CSJN, “S., I.N. c/A., C.L. s/impugnación de filiación”, 22/10/2024: la Corte rechaza una acción de impugnación de la maternidad y considera que la maternidad, aun en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, queda determinada por el parto según el art. 562 Código Civil y Comercial. El caso involucra un contrato de maternidad subrogada. En esta sentencia, la mayoría se conforma con los votos de Rosatti, Rosenkratz y Lorenzetti y la disidencia de Maqueda.

2. Cuestiones formales, cuestiones de cobertura de salud y cuestiones de fondo

Una primera consideración sobre estos fallos de la CSJN nos permite constatar que sólo en el caso de la sen-

tencia de octubre de 2024 sobre maternidad subrogada la Corte se pronuncia sobre el fondo de la cuestión.

En efecto, tanto el fallo sobre el DGP de 2015, como el fallo sobre la cantidad de tratamientos de 2018, están referidos a la interpretación de la ley 26862 y su decreto reglamentario, que se limitan a considerar cuestiones vinculadas con la cobertura de las técnicas por las obras sociales. Es decir, no se trata de sentencias que ingresen a valorar si el DGP es una técnica que pueda o no realizarse en el país, o si se pueden hacer más de tres tratamientos para lograr un embarazo, sino que la Corte constata que el DGP no figura entre las técnicas de alta complejidad comprendidas en el deber de cobertura que establece la ley 26862 y por tanto se rechaza la acción. En la sentencia de 2018, por el contrario, se falla a favor del pedido de garantizar la cobertura de tres tratamientos por año, de modo que es una sentencia que, ante la posibilidad de una interpretación restrictiva del deber de cobertura, se inclina por una cobertura más amplia⁽¹⁾.

Por su parte, los dos fallos de agosto de 2024 (el referido al cese de los embriones crioconservados y el que niega la fecundación *post-mortem*), no ingresan en la cuestión de fondo y se basan en motivos de índole procesal-formal. En el caso de los embriones crioconservados, la sentencia entiende que el Ministerio Público Fiscal no posee competencia para intervenir en representación de los embriones crioconservados y por tanto rechaza el recurso de hecho contra la sentencia que había entendido que no hacía falta pedir autorización para ese descarte de embriones. En el caso de la fecundación *post-mortem*, la mayoría se limita a decir que el recurso no tuvo fundamentación autónoma y deja firme la sentencia que negó la fecundación con gametos del marido fallecido.

Finalmente, en el caso de la maternidad subrogada de octubre de 2024, la Corte ingresa en el fondo de la cuestión, ratificando con claridad que no existe vacío legal y que es claro que, en el sistema del Código Civil y Comercial, la maternidad queda determinada por el parto en las técnicas de reproducción humana asistida (art. 562 CCC) y que el art. 588 CCC prohíbe impugnar la maternidad en tal supuesto. En los votos de Rosatti, Rosenkratz y Lorenzetti se abunda en consideraciones sobre la maternidad subrogada y sobre la constitucionalidad del art. 562 CCC, con expreso análisis de los argumentos vinculados al derecho a fundar una familia, la no discriminación, el interés superior del niño y el derecho a la salud⁽²⁾.

3. Libertad de contratación, vacío legal y orden público

Una segunda reflexión se vincula con el marco jurídico que regula las técnicas y los alcances de la libertad de contratación y el orden público como límite de tal libertad. En este sentido, ya en 2013, a partir de la ley 26862, decía Basset: “Argentina se encamina a una franca desregulación del mercado reproductivo. La desregulación favorece un estado de no-derecho en campos en los que anteriormente imperaba el orden público en virtud de un interés social e individual en la identidad, el parentesco y la protección del estatuto del vulnerable”⁽³⁾.

(1) Sobre la cobertura por los agentes de salud de la maternidad subrogada ver Marrama, Silvia, “Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos”, LA LEY 10/05/2022, 5, Cita: TR LALEY AR/DOC/1514/2022.

(2) Para un análisis de la maternidad subrogada en Argentina y el derecho comparado ver: Pastore, A. G. Maternidad subrogada: análisis jurídico de una problemática actual [en línea] Estudios de Derecho Civil. 2018. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11241>. Ver también Sambrizzi, Eduardo A., “Correcto rechazo a un reclamo de maternidad subrogada. Primera parte”, El Derecho - Diario, Tomo 290, 22-02-2021, Cita Digital: ED-I-X-882; Basset, Úrsula – Ales Uría, Mercedes, “Legislar sobre la maternidad subrogada”, LA LEY 30/05/2018, I-LA LEY 2018-C, 798, Cita: TR LALEY AR/DOC/598/2018.

(3) Basset, Úrsula C., “Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?”, La Ley, Año LXXVII, Nro. 127, 12/7/2013, p. 1-5. Ver también Basset, Úrsula C. - Guastavino, Lucía, “La contractuali-

(*) Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho.

Si se analizan las normas aplicables a las técnicas de procreación artificial en Argentina puede advertirse que en la década comprendida entre 1990 y el año 2000 el debate estuvo centrado

"...en Argentina puede advertirse que en la década comprendida entre 1990 y el año 2000 el debate estuvo centrado en la regulación de las técnicas, ...Al inicio del siglo XXI, el Congreso deja de debatir estas cuestiones y el foco se traslada a los tribunales, sobre todo en el marco de una multiplicación de amparos y acciones para obtener la cobertura de las técnicas por el sistema de salud. El siglo XX termina sin ninguna norma específica sobre las técnicas en sí consideradas y el Siglo XXI comienza con un traslado del debate al ámbito judicial únicamente para la discusión de temas de financiamiento, soslayando toda consideración sobre las técnicas en sí."

se traslada a los tribunales, sobre todo en el marco de una multiplicación de amparos y acciones para obtener la cobertura de las técnicas por el sistema de salud⁽⁴⁾. El siglo XX termina sin ninguna norma específica sobre las técnicas en sí consideradas y el Siglo XXI comienza con un traslado del debate al ámbito judicial únicamente para la discusión de temas de financiamiento, soslayando toda consideración sobre las técnicas en sí.

Esa judicialización es el preludio a la ley 14208 de la Provincia de Buenos Aires (B.O. 3/1/2011) y luego a la ley nacional 26862 (B.O. 26/6/2013) cuyo objeto es "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" (art. 1)⁽⁵⁾. Esta ley no aborda ninguno de los tópicos que se debatían en los años 90 y se limita a establecer una regulación de tipo administrativa de los establecimientos que realizarán las técnicas. Se señalan los "beneficiarios" (art. 7) y el deber de cobertura por el sector público, obras sociales, empresas de medicina prepaga y otros agentes (art. 8). Posteriormente, el Código Civil y Comercial (Ley 26994 B.O. 8/10/2014) reguló los efectos filiatorios de las técnicas (arts. 560 y siguientes). En todos estos años, nunca se dictó una ley de regulación de las técnicas en sí mismas. Tampoco se dictó la ley de protección del embrión no implantado, a la que hace referencia la norma transitoria segunda del art. 9 de la ley 26.994⁽⁶⁾.

Este panorama dejó abierta la cuestión a planteos referidos a los alcances de la libertad de los particulares de regular el uso de las técnicas de procreación artificial. En este sentido, podemos advertir en el fallo de octubre de 2024 sobre maternidad subrogada una afirmación del carácter de "orden público" de las normas sobre filiación del Código Civil y Comercial, que excluye la posibilidad de que se realicen convenciones particulares que las dejen sin efecto. Dice el juez Rosatti: "las cláusulas del CCyC precisadas al imponer un límite máximo de dos vínculos filiatorios, e invalidar la posibilidad de excluir de la filiación del gestado por TRHA a quien lo dio a luz, frustran la petición de los accionantes. Se trata de normas de orden público, que no son disponibles por convenio de partes (art. 12 CCyC)" (considerando 8°). El tema también es reiterado por Rosenkratz (considerando 8°, 15°, 18°, 19° y 22°) y por Lorenzetti (considerando 10° y 14°).

zación del derecho de familia hoy: Nuevas paradojas", El Derecho - Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 96, 15-03-2021, Cita Digital: ED-I-XXXIII-325.

(4) Analicé estas tendencias legislativas en el trabajo: Lafferriere, Jorge Nicolás, "De 1993 a 2021: Los tribunales ante la situación de los embriones humanos criopreservados", Revista del Código Civil y Comercial n° 7, agosto 2021, p. 82-96.

(5) Ver Lafferriere, Jorge Nicolás, "La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas", ErreparNews, Agosto de 2013 [online].

(6) En 2014 hubo un proyecto que llegó a tener "media sanción", pero que nunca se trató en el Senado. Ver Lafferriere, Jorge Nicolás, "Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas", La Ley, Diario 4/2/2015, p. 1-7, LA LEY 2015-A, 789, DFyP 2015 (abril), 137, Cita: TR LALEY AR/DOC/4720/2014.

Ahora bien, paradójicamente, en el fallo sobre los embriones criopreservados de agosto de 2024, la Corte Suprema entendió que no estaban en juego normas de orden público y que por ello el Ministerio Público Fiscal no tenía aptitud procesal autónoma para cuestionar la sentencia. Lo llamativo es que la ley 27148 (B.O. 18/6/2015), entre los supuestos de competencia "no penal" del Ministerio Público Fiscal incluye: "(b) Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional".

Así, es claro que las normas sobre filiación que estuvieron en juego en el fallo de octubre de 2024 sobre maternidad subrogada son de orden público y no son disponibles por los particulares. Ahora bien, cabe preguntarse por qué la Corte no entendió lo mismo con relación a las decisiones de los padres respecto a los embriones criopreservados, que claramente se encuentran bajo su responsabilidad parental y cuyo destino no es disponible por simple acuerdo de partes. En efecto, en el caso estuvo en juego la relación contractual de los requirentes de la técnica con la clínica y la decisión de aquellos de poner fin a tal relación y cesar la criopreservación de embriones. A poco que se lo analice, puede advertirse que tales decisiones de particulares comprometen la vida y la identidad de los embriones y entran en conflicto con principios de orden público. Ciertamente, no existen normas claras sobre cómo proceder con los embriones humanos criopreservados y el tema encierra un dilema sin solución éticamente aceptable, fuera de la toma de decisiones restrictivas con la fecundación extracorpórea. Pero también es cierto que los embriones son personas bajo el art. 19 CCC y que una norma transitoria de la ley 26994 dispone que el legislador debe dictar una norma para su protección."

En efecto, en el caso estuvo en juego la relación contractual de los requirentes de la técnica con la clínica y la decisión de aquellos de poner fin a tal relación y cesar la criopreservación de embriones. A poco que se lo analice, puede advertirse que tales decisiones de particulares comprometen la vida y la identidad de los embriones y entran en conflicto con principios de orden público. Ciertamente, no existen normas claras sobre cómo proceder con los embriones humanos criopreservados y el tema encierra un dilema sin solución éticamente aceptable, fuera de la toma de decisiones restrictivas con la fecundación extracorpórea. Pero también es cierto que los embriones son personas bajo el art. 19 CCC y que una norma transitoria de la ley 26994 dispone que el legislador debe dictar una norma para su protección. De allí que sorprenda la deferencia que se concede a la autonomía de la voluntad en relación a los embriones criopreservados en el fallo de Cámara que fue antecedente de la decisión de la Corte en agosto de 2024.

Una proyección que tiene el fallo de la Corte sobre el carácter de orden público de las normas de filiación en relación a la maternidad subrogada es la consideración de los contratos que se celebren para regular esa práctica como nulos porque su objeto es contrario al orden público (cfr. art. 279 CCC). Este punto no surge del fallo de la Corte en forma explícita⁽⁷⁾, pero puede considerarse como una consecuencia necesaria por aplicación de las reglas generales sobre hechos y actos jurídicos⁽⁸⁾.

En otro orden, la definición que realiza el fallo de octubre de 2024 sobre la naturaleza de orden público de las normas sobre filiación tiene importantes proyecciones,

(7) Rosenkratz afirma: "no es relevante, a los fines filiatorios, que exista un acuerdo de gestación por sustitución ni que la gestante haya manifestado su voluntad de no tener un vínculo jurídico con el niño, en tanto las normas en materia de filiación se basan en razones de orden público para atribuir de una forma determinada y cierta el vínculo filiatorio" (considerando 15°). El mismo párrafo lo encontramos en el voto de Lorenzetti (considerando 10°). Por su parte, Maqueda, en su disidencia, sostiene: "el ordenamiento jurídico argentino no prohíbe la gestación por sustitución. No surge del Código Civil y Comercial de la Nación ni de la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, como tampoco de otra legislación vigente, una prohibición expresa de dicha práctica ni tampoco se hace mención a su ilicitud o a la nulidad de los acuerdos dirigidos a su realización" (considerando 7°).

(8) Otra proyección del tema se vincula con la problemática de la maternidad subrogada como una forma de trata de personas. Ver al respecto: Basset, Ursula, "La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. Informe oficial de la Asamblea General de la ONU", LA LEY 11/09/2018, 1, LA LEY 2018-E, 728, Cita: TR LALEY AR/DOC/1257/2018.

como por ejemplo en materia de realización de maternidad subrogada en el extranjero⁽⁹⁾. Recordemos que el art. 2634 CCC dispone: “ARTICULO 2634.- Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”. Y el art. 2600 CCC fija el principio general: “ARTICULO 2600.- Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. El tema excede este trabajo, pues corresponde al derecho internacional privado, pero cabe dejar planteada la barrera que significa la determinación de la maternidad por el parto para la pretensión de legitimar en el país maternidades subrogadas realizadas en el extranjero.

4. La reglamentación por ley de las técnicas y el activismo judicial

Otro tema que emerge de las sentencias de la Corte es la deferencia que realizan estos fallos al criterio del legislador. En efecto, en el fallo sobre el DGP de 2015, la Corte niega que la obra social deba cubrir el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) en razón de que la ley no lo incluyó entre las técnicas de alta complejidad. Así, podría haberse pensado que tal omisión no era óbice para hacer lugar a la cobertura del DGP. Sin embargo, la Corte sostiene: “Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva. Empero, no es menos cierto que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros)” (considerando 5º).

Aún más, en ese mismo fallo de 2015 se sostiene la competencia del Ministerio de Salud en la materia: “A dicho Ministerio el legislador le ha conferido -entre otras- la responsabilidad de fijar los- requisitos para la habilitación de los establecimientos asistenciales en los que se brinden servicios en orden a la reproducción médicamente asistida (art. 5º de la ley 26.862) así como la de autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos y que, por ende, no han sido definidos por la ley, tal como se señaló en el anterior considerando. Y ello reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial mencionada de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial” (considerando 9º).

Por ello, concluye el fallo de 2015: “deviene inadmisibles que sean los jueces o tribunales -y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta

causa. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros)” (considerando 10º).

El tema vuelve a aparecer en el caso de octubre de 2024 sobre maternidad subrogada. Rosatti en su voto afirma: “Cabe recordar en esta instancia, que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal. Así, cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía, ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (arg. Fallos: 218:56; 299:167; 313:1007; 326:4909; 344:3006, entre otros). De modo concordante, se ha enfatizado que no son reglas hermenéuticas aceptables la de presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador, ni la de considerar superfluos los términos utilizados en la norma, ni la de distinguir donde la ley no distingue (Fallos: 338:1344; 343:140; 344:5, entre otros)” (considerando 8º). Y en otro pasaje reafirma: “Es el Congreso de la Nación -y no los jueces- quien debe decidir la oportunidad y el contenido de una regulación sobre el tema, si es que decide hacerlo, pues se trata de una tarea ajena al Poder Judicial, conforme a inveterada doctrina de esta Corte” (considerando 10º).

El tema es de gran importancia pues desde la sanción del Código Civil y Comercial en 2014 se han multiplicado en todo el país fallos judiciales que, bajo distintos argumentos como el “vacío legal”, la libertad, el derecho a fundar una familia, la voluntad procreacional, entre otros, legitimaron contratos de maternidad subrogada, a pesar que el legislador había excluido a la maternidad subrogada de las técnicas admitidas por el Código Civil y Comercial⁽¹⁰⁾.

Rosenkratz, en su voto en el fallo de octubre de 2024 sobre maternidad subrogada, afirma que “resulta ineludible destacar que es el legislador quien tiene la facultad de establecer los criterios y procedimientos para determinar la filiación. A través de las leyes que dicta define quiénes son considerados madre y padre de una persona, estableciendo así el vínculo filial” (considerando 8º). Incluso sostiene: “se ha enfatizado que no son reglas hermenéuticas aceptables la de presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador, ni la de considerar superfluos los términos utilizados en la norma, ni la de distinguir donde la ley no distingue (Fallos: 338:1344; 343:140; 344:5, entre otros)” (considerando 12º). También Lorenzetti se pronuncia en contra de presumir la inconsecuencia del legislador (considerando 12º).

Desde otra perspectiva, en esa sentencia Rosenkratz también sostiene: “no es admisible que para sostener que hay un vacío legal se considere un proyecto que no fue sancionado, prescindiendo de la decisión del legislador de regular en el art. 562 la determinación de la filiación para todos los casos de personas nacidas por TRHA, sin incorporar distinción alguna” (considerando 14º).

Y luego sostiene: “la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador en el limitado marco cognoscitivo de un conflicto individual ni juzgar sobre el acierto o conveniencia de la disposición adoptada por aquel en ejercicio de sus propias facultades

“El tema es de gran importancia pues desde la sanción del Código Civil y Comercial en 2014 se han multiplicado en todo el país fallos judiciales que, bajo distintos argumentos como el “vacío legal”, la libertad, el derecho a fundar una familia, la voluntad procreacional, entre otros, legitimaron contratos de maternidad subrogada, a pesar que el legislador había excluido a la maternidad subrogada de las técnicas admitidas por el Código Civil y Comercial.”

(9) Sobre el tema ver: Caride, E. (2021). La prohibición de la maternidad subrogada, ¿resulta incoherente con nuestro orden público internacional?. *Prudentia Iuris*, (92), 185–220. <https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021.pp.185-220>.

(10) Lafferriere, J. N. Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial [en línea]. En: Sambrizzi, E. A. (dir). Estudios de derecho civil. Instituto de Derecho Civil, sección Derecho de Familia y Bioderecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2017. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12538>.

(Fallos: 340:644, entre otros). Ello es así, máxime cuando, como se dijo, el Congreso, para suprimir la norma del anteproyecto que regulaba la filiación en los casos de gestación por sustitución, ponderó los dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea. Es decir, existe un interés legítimo del Estado, a través del Poder Legislativo, de adoptar para todos los casos de utilización de TRHA, un sistema legal para la determinación del vínculo filiatorio que atribuye consecuencias jurídicas razonables a la voluntad de gestar y dar a luz, basándose esta elección en criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta por el legislador que, como principio, no están sujetos al control judicial” (considerando 15°). Lorenzetti también replica la primera parte de este considerando (considerando 11°).

El fallo de octubre de 2024 es muy interesante también al rechazar, con argumentos en los votos de Rosatti, Rosenkratz y Lorenzetti, la inconstitucionalidad de las normas sobre filiación para determinar la maternidad. En este punto, afirma Rosenkratz: “También debe tenerse presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032)” (considerando 17°).

Otro aspecto interesante del fallo de octubre de 2024 es el referido al supuesto “vacío legal” existente en torno a la maternidad subrogada, que sería el que habilitaría la intervención judicial. Señala Rosenkratz: “los recurrentes se limitan a postular una exégesis diversa de dicha norma a fin de impugnar la filiación de quien dio a luz que se evidencia como contraria al claro texto de la ley y a su inequívoca interpretación de conformidad con lo expresado precedentemente. Tal interpretación soslaya que el legislador ha previsto una regla filiatoria –de fuerza imperativa, no disponible por la voluntad de los particulares– para todos los supuestos de TRHA, consistente en que el vínculo filiatorio del niño gestado de ese modo se genera con la mujer que lo dio a luz y con el varón o la mujer que prestó el consentimiento previo, informado y libre, pudiendo existir únicamente dos vínculos filiales” (considerando 16°). También Lorenzetti niega que haya un “vacío legal”, “porque hay una norma jurídica que describe el supuesto de hecho. Una prueba clara es que el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión redactora incluía una propuesta específica de regulación de la maternidad subrogada; que el Honorable Congreso de la Nación, decidió no regularla, y fijó un criterio claro en la materia, que es el artículo 562 del Código Civil y Comercial vigente” (considerando 9°).

Este argumento había sido anunciado por Rosatti en su voto en el fallo sobre la fecundación post-mortem de agosto de 2024, cuando sostuvo: “en mi opinión, no hay ausencia sino existencia normativa. Se trata del mencionado artículo 560 del CCyC, cuyo contenido es claro e inequívoco” (considerando 7°). En esa sentencia, también Lorenzetti afirmó: “No compete al Poder Judicial que sustituya la labor del Honorable Congreso de la Nación, poniendo en vigencia proposiciones que no fueron promulgadas. Semejante pretensión implicaría desconocer la arquitectura del sistema jurídico. No sería lícito que los magistrados, a sabiendas, con prescindencia de su carácter de órgano de aplicación del derecho vigente, se atribuyeran la facultad de sustituir al legislador en las decisiones de política jurídica” (considerando 10°).

En este recorrido por las consideraciones referidas a las funciones de los jueces, cabe aclarar que en el caso de 2018 sobre la cantidad de tratamientos que debían cubrir las obras sociales, no estuvo en juego la validez en sí de la ley 26862, sino que se trató de la interpretación que, sobre la ley, hizo la Cámara Federal. Entre dos interpretaciones posibles de la norma (tres tratamientos en total o tres tratamientos por año), la Corte concluye que “la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos “anuales” de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad” (considerando 6°). De allí que no encontramos en ese caso una actuación en la que la Corte sustituya al legislador⁽¹¹⁾, sino en la que determina sus alcances en relación a la cantidad de tratamientos.

(11) Cabe consignar que discrepamos con la solución de la Corte en ese caso, pero ello excede el alcance del presente trabajo.

Finalmente, cabe señalar que tanto el fallo sobre los embriones de agosto de 2024, como Rosenkratz y Lorenzetti en el fallo sobre la maternidad subrogada de octubre de 2024, incluyen en sus votos una frase en el sentido de poner el fallo en conocimiento del Poder Legislativo para que dicte normas en la materia.

5. El estatuto jurídico del embrión humano

En este análisis de las sentencias de la Corte, resulta ineludible considerar qué lugar ha tenido la cuestión del estatuto jurídico del embrión humano, especialmente en caso de que hubiera sido crioconservado o concebido extracorpóreamente.

El tema fue eje de un intenso debate durante la tramitación del proyecto de Código Civil y Comercial y el texto finalmente aprobado en 2014 del art. 19 CCC fue claro en reconocer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. De allí que buena parte de la doctrina interpreta que para el Código los embriones concebidos extracorpóreamente sean considerados personas, por fundadas razones que exceden este breve comentario⁽¹²⁾.

El nuevo Código entró en vigencia el 1ro. de agosto de 2015 y podía suponerse que la Corte abordaría la cuestión en su sentencia sobre el DGP, pues el tema había sido parte de la controversia en la sentencia apelada de la Suprema Corte de Mendoza. Sin embargo, en la sentencia de septiembre de 2015, la Corte no ingresa a considerar el estatuto de los embriones concebidos en forma extracorpórea y no se pronuncia sobre su estatuto jurídico. Ahora bien, en tanto la decisión resultó contraria a la posibilidad de realizar el DGP, que en los hechos puede involucrar una eliminación de los embriones considerados “no viables”, puede considerarse que la sentencia fue favorable a los embriones⁽¹³⁾.

En la sentencia de 2018 sobre la cantidad de tratamientos, no encontramos referencias al estatuto jurídico de los embriones. Como único aspecto a señalar, puede advertirse que la Corte revocó una parte de la resolución de la Cámara Federal que había limitado la cobertura de la crioconservación de embriones a un período de 18 meses. Para la Corte, “si bien es razonable que, ante la ausencia de previsiones legales, se determine judicialmente un plazo prudencial de subsistencia de la obligación de otorgar la cobertura de la crioconservación de embriones a cargo de los prestadores de servicios de salud -como juzgó la cámara-, esa determinación no puede constituir un obstáculo para la consecución del fin primordial que persigue el ordenamiento legal y su reglamentación -interpretados a la luz del criterio expuesto anteriormente-, es decir, el pleno resguardo del ejercicio del derecho a la salud reproductiva. El exiguo lapso fijado por el a quo al efecto no satisface esa exigencia por lo que también la sentencia recurrida debe ser descalificada en este aspecto” (considerando 7°). Se trata de una norma ligada a la cobertura y que no se pronuncia sobre los embriones en sí, pero en los hechos extiende el plazo de criopreservación, lo que redundaba en no habilitar su descarte.

El fallo del 20 de agosto de 2024 sobre los embriones crioconservados es el más difícil de interpretar en este punto. En efecto, como ya explicamos, la sentencia se limita a rechazar el recurso de hecho del Fiscal General y por tanto no ingresa en el fondo del asunto ni se pronuncia sobre el estatuto de los embriones. Sin embargo, la decisión deja firme la sentencia que autorizaba el descarte de embriones y es, por tanto, una decisión contraria a su derecho a la vida. Cabe destacar aquí que el juez Rosatti, en su voto particular, exhorta al Congreso a que tome intervención para dictar la norma de protección del embrión humano no implantado a la que hace referencia la norma transitoria segunda del art. 9° de la ley 26994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación. Puede verse en ese pasaje un reconocimiento de la personalidad de los embriones y la necesidad de su protección.

(12) Lafferriere, Jorge Nicolás, “El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, *La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona*, DFyP 2014 (noviembre), 01/11/2014, p. 143-151, AR/DOC/3796/2014; Lafferriere, Jorge Nicolás, “La persona por nacer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *El Derecho, Cuaderno Jurídico de Familia*, 55, p. 3-8, octubre de 2014.

(13) Lafferriere, Jorge Nicolás, “No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio”, *La Ley DFyP* 2015 (diciembre), 07/12/2015, 225-236, Cita Online: AR/DOC/4009/2015.

En el fallo del 21 de agosto de 2024 sobre la fecundación post-mortem, encontramos una sutil diferencia entre Rosatti y Lorenzetti en este punto. Es importante señalar que en el caso se discutía la posibilidad de utilizar gametos congelados del marido fallecido. Es decir, no estaban en juego embriones humanos criopreservados. De haberlo estado, la cuestión hubiera sido diferente. En consecuencia, en el voto de Rosatti se afirma expresamente que no estaba en juego “el derecho a la vida de una persona viva o una por nacer”. Rosatti distingue claramente gametos de embriones. En cambio, Lorenzetti sostiene que “no hay un derecho del gameto o del embrión al implante” (considerando 9º) y de este modo parece generar una potencial equiparación entre las células reproductoras y el embrión, que ya es un individuo distinto al padre y a la madre.

Finalmente, en el fallo de octubre de 2024 sobre maternidad subrogada, no se hace ninguna consideración sobre los embriones y su estatuto jurídico.

6. Reflexiones finales

Este trabajo se limita a hacer un balance de la jurisprudencia de la Corte en materia de técnicas de reproducción humana asistida, sin ingresar en cuestiones de fondo como la originalidad de la transmisión de la vida humana, los problemas inherentes a las técnicas heterólogas y a las extracorpóreas y otras cuestiones análogas⁽¹⁴⁾. En todo caso, podemos concluir:

- que en estos años la Corte ha tenido una jurisprudencia que tiende a evitar sustituir al legislador en la regulación de la materia, ratificando la vigencia y constitucionalidad de los arts. 562 y 588 CCC como límites a la posibilidad de celebrar acuerdos de maternidad subrogada para desplazar las normas de orden público en materia filiatoria (art. 12 CCC). Para la Corte, en torno a la maternidad subrogada no hay un vacío legal.
- Paradójicamente, en el fallo de agosto de 2024 sobre el cese de la criopreservación de embriones, no ingresó la

Corte en la consideración del carácter de orden público de las normas sobre técnicas de reproducción, lo que hubiera podido habilitar la competencia del Ministerio Público Fiscal para apelar la sentencia de Cámara.

- La Corte negó la cobertura del DGP con base en que no había sido incluido por el legislador entre las técnicas de alta complejidad reguladas por ley 26862.
- Interpretó que esa ley autoriza la cobertura de un total de tres tratamientos de alta complejidad por año y que no se puede poner en forma judicial un plazo para la cobertura de la criopreservación que sea irrazonable.
- Por razones formales, dejó firme una sentencia que autorizó el descarte de embriones y otra que rechazó una solicitud de realizar una técnica de fecundación con gametos del marido fallecido de la requirente.
- En cuanto al estatuto del embrión humano, no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión y hay sentencias favorables y otras desfavorables, en los hechos, a la vida de los embriones.

Las sentencias dejan entrever una deferencia fuerte al criterio del legislador y una limitación de la posibilidad de los jueces de modificar la ley, o regular la materia con prescindencia del texto claro de la ley, o bien declararla inconstitucional por mera discrepancia con su contenido.

Esperamos que, en el futuro, se adopten decisiones que protejan a los embriones humanos desde el primer momento de su existencia y se pongan límites a la aplicación de las técnicas de conformidad con el respeto de los principios fundamentales vinculados con la dignidad humana y el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana.

VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - FILIACIÓN - MENORES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONCEPCIÓN - JURISPRUDENCIA - INTERPRETACIÓN DE NORMAS - PODER JUDICIAL - JUECES - CONSENTIMIENTO - CONSENTIMIENTO INFORMADO - FECUNDACIÓN - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - EMBRIÓN - BIOÉTICA - FERTILIZACIÓN ASISTIDA - DERECHOS HUMANOS - SALUD PÚBLICA - LEY - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(14) Lafferriere, Jorge Nicolás, “¿Qué es procrear? Problemas jurídicos inherentes a las técnicas de fecundación artificial”, Revista Valores, Academia del Plata, Vol. IV (online), 21/9/2019, disponible en <https://www.academiadelplata.com.ar/contenido.asp?id=2775>.