

Fecundación post mortem: la voluntad procreacional del fallecido y el principio bioético de libertad-responsabilidad en el voto de dos jueces de la CSJN

por MARÍA AGUSTINA TOSCANI

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL CASO. – III. LA CÁMARA. – IV. CSJN. A. EL VOTO DE ROSATTI: UNA DISTINCIÓN IMPORTANTE. B. EL VOTO DE LORENZETTI: TRES PERLAS OCULTAS. – V. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL DEL FALLECIDO. – VI. CONSIDERACIONES BIOÉTICAS. – VII. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

El 21/8/2024, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en la causa “L., J. L. s/ autorización”⁽¹⁾ y dejó firme la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que había denegado la autorización solicitada por la actora para utilizar en un tratamiento de reproducción humana asistida (TRHA) el material genético de su cónyuge fallecido. Es decir, se trataba de un nuevo requerimiento de autorización judicial para realizar una fecundación *post mortem* (FPM), técnica que no se encuentra regulada de manera explícita en nuestra legislación. La particularidad de este caso era que la viuda alegaba un poder amplio de administración y disposición.

Los fallos de primera y segunda instancia consideraron que no se cumplían los requisitos legales en torno a la voluntad procreacional y el consentimiento informado. La Corte declaró mal concedido el recurso extraordinario interpuesto por la actora, por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma. Si bien la decisión se basa

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de “Salud y Deporte”, “Legislación General” y “Justicia y Asuntos Penales”). Audiencia sobre “Fertilización asistida: Aspectos Jurídicos”. Buenos Aires, 15 de agosto de 2006*), por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 219-858; *Técnicas de fertilización asistida. Un poco de luz ante la ausencia de normas que los recepten*, por ELIANA HOUGASSIAN, ED, 243-685; *Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones criopreservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia*, por ANALÍA G. PASTORE, ED, 245-50; *Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados. Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del cód. civil y del principio constitucional de razonabilidad*, por CATALINA ELSA ARIAS DE RONCHIETTO, URSULA C. BASSETT y JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 245-72; *En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el estatus jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero*, por JORGE BENJAMÍN AQUINO y PEDRO JOSÉ MARÍA CHIESA, ED, 252-1039; *De clones, embriones y células madre. Interrogantes en torno al desarrollo de la biotecnología aplicada a los seres humanos*, por LEONARDO L. PUCHETA, ED, 253-931; *No somos solo nuestro ADN: Los peligros éticos de los embriones de tres padres*, por MAUREEN L. CONDIC, ED, 257-910; *La Argentina, próxima a la sanción de una ley de fecundación artificial que permite la destrucción de embriones humanos*, por MARÍA INÉS FRANCK, ED, 260-911; *Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos*, por SILVIA MARRAMA, ED, 261-623; *Corte Europea de Derechos Humanos pone freno a uso de embriones para investigación*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 264-883; *La protección de la vida de los embriones criopreservados*, por EDUARDO A. SAMBRIZZI, ED, 265-162; *Fecundación in vitro: la aplicación del principio precautorio para la protección de embriones no implantados*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 267-699; *Una propuesta para la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer. El derecho humano al estado de familia*, por CATALINA ELSA ARIAS DE RONCHIETTO y MARÍA MILAGROS BERTI GARCÍA, ED, 278-915; *¿Es constitucionalmente válida la doble filiación? Comentario a la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata recaída en los autos “C., M. F. y otro”*, por DANIELA ZABALETA, ED, 282; *Filiación post mortem: un paneo del estado del arte y la situación en el derecho sucesorio*, por MARÍA ZÚNIGA BASSETT, cita digital ED-DCCLXXVII-926; *La doble paternidad en la filiación por naturaleza (Una sentencia que le da la espalda al régimen legal de la filiación)*, por JORGE A. MAZZINGHI, ED, 290-126; *La triple filiación y el abuso de la declaración de inconstitucionalidad por parte del fuero de familia. Una crítica al fallo “L. F. F. c. S.C.O. s/ filiación”*, por JULIÁN IANIV AZAR, ED, 291-110; *Filiación post mortem, un jaque al sistema filial*, por LORENA C. BOLZON, ED, 304; *El embrión no implantado y un curioso fallo del Tribunal rosarino de familia*, por MARÍA AGUSTINA TOSCANI, ED, 307; *Abandonados e indefensos: un fallo de la Corte Suprema sobre tres embriones criopreservados*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 308; *La necesaria protección del embrión criopreservado*, por ALEJANDRO BORDA, ED, 308. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) CSJN, “L., J. L. s/ autorización”, Exp. 104832/2022/CSJN (21/8/24).

en temas procesales, los jueces Rosatti y Lorenzetti desarrollaron en sus votos algunas consideraciones sobre la cuestión de fondo.

En este comentario, se analizan esos votos y algunas cuestiones jurídicas y bioéticas involucradas en la filiación *post mortem*.

II. El caso

En febrero de 2013, el Sr. S. se sometió a una biopsia testicular que permitió hallar cuatro espermatozoides. Dicha muestra se encuentra actualmente almacenada en una clínica de fertilidad. El 22 de febrero de ese mismo año, S. otorgó a la actora un poder general amplio de administración y disposición. En ese instrumento se estableció que la mandataria “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...” (*sic*).

El 30/5/2016 la actora y S. firmaron un consentimiento informado para TRHA, para iniciar un proceso de procreación artificial. El 15/12/2016, la actora se sometió a una aspiración folicular, que arrojó resultados negativos. Al no obtenerse ovocitos, el tratamiento no pudo seguir su curso. El matrimonio no realizó nuevos intentos de procreación asistida, y S. falleció en septiembre del 2020, sin otorgar directivas anticipadas vinculadas a la realización de TRHA.

En febrero de 2023 la viuda de S. inició el proceso judicial tendiente a lograr la autorización para el uso de los gametos masculinos criopreservados.

III. La Cámara

El 7/9/23, la Sala A confirmó el fallo del Juzgado Nacional Civil N° 25, del 13/6/23. Ambas sentencias siguen la misma línea argumentativa: en nuestra legislación no se encuentra regulada la FPM.

La Cámara aclaró que “no basta con que no exista una prohibición expresa para considerar que, en todos los casos, serán procedentes los pedidos tendientes a obtener la autorización judicial para realizar tratamientos de fertilización *post mortem*”. Esta mención es destacable, ya que existe jurisprudencia que, basándose en el principio de legalidad y reserva del art. 19 CN y, ante la inexistencia de normas que prohíban la FPM, han autorizado ese tipo de procedimientos⁽²⁾.

El fallo se centró en las disposiciones del CCC: el art. 59 (Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud), el art. 560 (Consentimiento en las TRHA) y el art. 561 (Forma y requisitos del consentimiento). El Tribunal puso especial énfasis en la última parte del art. 560, que reza: “Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

Según se dijo, los gametos no integran la herencia de la persona muerta y, por su potencialidad fecundante, se encuentran fuera del comercio (cfr. art. 1004 CCC). Su utilización es un acto personalísimo, por lo cual se aplican los arts. 51, 55, 56, y la última parte del 264 CCC. Por ello, se hizo una interpretación restrictiva del consentimiento: este no puede presumirse ni ejercerse por representación, coincidiendo con fallos anteriores sobre la misma materia⁽³⁾.

(2) Cfr. Tribunal de Familia 3 (Morón), “G. A. P. s/ autorización” (21/11/11), AP/JUR/289/2011; JNCiv., 3, “K. J. V. c. Inst. de Ginecología y Fertilidad s/ amparo” (3/11/14), AR/JUR/53958/2014, y su fallo de segunda instancia, CNCiv., Sala H (17/4/15), AP/DOC/715/2015; 3° CCiv., Com., Minas, de Paz y Tributario (Mendoza), “S. M. C. s/ medida autosatisfactiva” (7/8/14), RC J 6303/14. Si bien estas sentencias son anteriores a la vigencia del CCC –que regula expresamente la filiación por TRHA– siguen existiendo voces que se apoyan en este principio para fundamentar sus pretensiones ante supuestos vacíos normativos, como serían la FPM o la maternidad subrogada.

(3) CNCiv., Sala B, “D. M. H. y otros s/ autorización” (3/4/18), comentado en Lafferriere, J. N. “La fecundación *post mortem* en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial”, LA

La Sala sostuvo que el consentimiento informado “constituye la expresión de la noción de dignidad”, vinculándolo con el respeto a la libertad, la autonomía y los derechos humanos. A raíz de ello es que el art. 560 *in fine* exige la renovación del consentimiento, para que ante cada intento de procreación artificial se acredite que continúa vigente el proyecto parental de manera indubitable.

Con respecto al poder general invocado por la actora, los magistrados consideraron que del mismo no surge que S. haya autorizado a la peticionaria a disponer de las muestras después de su muerte: “los términos del poder permiten sostener que en el mandato no se ha incorporado una cláusula que pueda importar un acto de última voluntad. En virtud de ello, cabe señalar que el poder invocado por la quejosa se ha extinguido con el fallecimiento del mandante” (art. 1963, inc. 3) del Código Civil y art. 1329, inc. e) del CCC).

Así, el único consentimiento informado otorgado por el fallecido para realizar una TRHA es el exteriorizado en mayo de 2016. Eso fue previo a la extracción de ovocitos a la actora, y cuatro años antes de su muerte. Considerando que la voluntad procreacional –para ser válida y fuente de filiación– debe manifestarse en el consentimiento informado y este no se presume, es de interpretación restrictiva y debe ser previo, libre y actualizado (confr. arts. 51, 55, 56, 560, 561 y 562 CCC), se rechazó la autorización judicial requerida, confirmando la resolución del *a quo*.

IV. La CSJN

Contra la sentencia de segunda instancia, la actora interpuso recurso extraordinario federal, el que fue desestimado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional –sin que se interpusiera recurso de queja–, y concedido por cuestión federal sustentado en los arts. 19 (principio de reserva legal) y 14 bis CN (protección integral de la familia), y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 75, inc. 22 CN).

Sin embargo, el recurso se declaró mal concedido por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma (art. 15 Ley 48). Para Rosatti, los planteos de naturaleza federal invocados por la demandante carecen de argumentación suficiente, siendo una manifestación genérica (cons. 4). Lorenzetti a su vez manifiesta que el recurso “es inadmisibles pues no rebate los argumentos de la sentencia de cámara”, a cuyo efecto “no basta sostener un criterio interpretativo distinto” (cons. 4).

Si bien los cuatro magistrados votaron el rechazo del recurso, Rosatti y Lorenzetti agregaron en sus votos algunas consideraciones sobre la cuestión de fondo, “en miras a otros supuestos que pueden presentarse” (cons. 5 del voto de Lorenzetti).

a. El voto de Rosatti: una distinción importante

Rosatti formuló dos interrogantes sobre la materia: i) si en la utilización de los espermatozoides está en juego la vida de una persona o de terceros, y ii) si existe norma que regule el consentimiento de una persona fallecida para la utilización de sus gametos con fines reproductivos luego de su muerte.

A la primera pregunta responde que no, que el material genético no es persona y no cuenta con protección en ese sentido en el orden jurídico, ya que aún no se ha generado una nueva vida (cons. 6). Esta distinción no es menor: un gameto y un embrión son realidades biológicas distintas. Este último sí es persona y goza de derecho a la vida desde la concepción (art. 19 CCC), por lo que el Derecho le debe un trato acorde con su dignidad. Se deja entrever que la solución sería distinta en ese caso.

Sobre el segundo interrogante, consideró que dicha norma existe: el art. 560 CCC, cuyo contenido es claro e inequívoco. De la última parte surgiría la prohibición tanto del consentimiento presunto como del consentimiento anticipado (cons. 7). Por tanto, no existe vacío normativo que permita invocar la aplicación del art. 19 CN.

En el cons. 10, el magistrado realiza una síntesis de su postura: 1) no está en juego en la causa el derecho a la vida de una persona viva o de una por nacer; 2) no está en discusión la protección de una familia constituida ni

la de sus miembros, cuya integridad no se ve comprometida ni amenazada; 3) no se advierte discriminación a la mujer supérstite, lo que se debate es la utilización del material genético del fallecido; 4) hay una norma específica que regula el consentimiento exigible para las TRHA, aplicable al fallecido; 5) del texto de la norma surge con claridad la prohibición del consentimiento presunto y del consentimiento anticipado del fallecido para este tipo de prácticas.

b. El voto de Lorenzetti: tres perlas ocultas

Este juez también entiende que es clara la exigencia de los arts. 560 y 561 CCC, coincidiendo con lo dispuesto en el art. 7 de la ley 26.862. Agregó que, al tratarse de un derecho personalísimo, el consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable (art. 55 CCC), razón por la cual no cabe presumir un asentimiento realizado “post mortem” (cons. 6).

Refiere a la importancia que tiene la autodeterminación de la persona humana, siendo esta un aspecto central de la dignidad (cons. 8).

En el cons. 9 realiza una equiparación entre gametos y embriones, manifestando que “no hay un derecho del gameto o del embrión al implante”. La frase es equivocada, pues iguala dos realidades biológicas distintas, la de una célula reproductora y la de un nuevo ser humano en su fase prenatal, quien goza de derecho a la vida desde su concepción.

En el cons. 10 remarca que el anteproyecto del CCC incluía una propuesta de FPM mas no fue incorporada por el legislador⁽⁴⁾. “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”. Este argumento permitiría rechazar, en un futuro, una solicitud de maternidad subrogada, si tenemos presente que también aparecía en el anteproyecto pero el legislador la suprimió.

Pese a la brevedad del voto, hay tres perlas ocultas que vale recalcar: 1) la aplicación del art. 55 CCC, ya que en su primera parte se abre al respeto no solo a la ley, sino también a la moral o las buenas costumbres, 2) la cita del art. 32, inc. 2 CADH, que refiere a las “justas exigencias del bien común”, y 3) la mención al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideró que la ley checa sobre TRHA no incluía la FPM “para proteger no sólo el libre albedrío del hombre que ha consentido la reproducción asistida, sino también el derecho del feto a conocer a sus padres” (cons. 8). Si bien el magistrado no ahonda en estas cuestiones, considero valioso que aparezcan, aun veladas, en la argumentación jurídica sobre el tema en examen.

V. La voluntad procreacional del fallecido

Coincidimos con Lafferriere en que el fallo, al dejar firme el rechazo al pedido de autorización de una FPM, marca un límite razonable y justo a la pretensión de engendrar un hijo deliberadamente privado de uno de sus padres⁽⁵⁾. Sin embargo, por tratarse de una decisión de índole procesal, hay numerosas cuestiones que quedan sin respuestas.

El análisis del art. 560 realizado por Rosatti y Lorenzetti es sólido. La falta de consentimiento informado en el caso es evidente. No hay duda de que la norma vigente manda renovar el consentimiento antes de cada uso de los gametos⁽⁶⁾, suponiendo así la actualización de la voluntad procreacional. Su redacción persigue la inmedia-

(4) “La fertilización y filiación post mortem serían fuente de más problemas que beneficios y no existe razón alguna que la justifique en términos jurídicos o morales. (...) No parece adecuado condenar a un futuro niño a nacer huérfano de padre, situación que notoriamente contraría el interés superior del niño que el proyecto procura proteger”; Cfr. Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias, 2013, Anexo I, orden del día 892 (20/11/13), www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/17643/downloadOrdenDia.

(5) Lafferriere, J. N., “Corte Suprema deja firme sentencia contraria a la fecundación post-mortem”, <https://centrodebioetica.org/corte-suprema-deja-firme-sentencia-contraria-a-la-fecundacion-post-mortem/> (acceso 2/9/24).

(6) Sobre la revocación del consentimiento antes de la implantación del embrión: si la existencia de la persona humana comienza con la concepción, como surge del plexo constitucional y del art. 19 CCC, al embrión le corresponde el estatus jurídico de persona y, por lo tanto, todo acto o contrato cuyo objeto fuese un embrión, o su producción, sería un “contrato sobre personas” que quedaría comprendido en la prohibición del art. 15 CN.

LEY AR/DOC/1288/2018. También JNCiv., 7 (CABA), “C. E. s/ autorización” (5/2/20), SAU: NV22985. En sentido contrario, Juzg. Flia. 1 (Posadas), “P. s/ medida autosatisfactiva” (10/9/21), TR LALEY AR/JUR/210155/2021, autoriza la realización de una TRHA con gametos de un fallecido, invocando su consentimiento presunto.

tez temporal del consentimiento, para evitar situaciones que se pueden presentar por el paso del tiempo, “entre el momento en que se han aportado esos elementos y el momento en que se pretenden fecundar o implantar, como por ejemplo, el divorcio de los aportantes del material genético o el fallecimiento de uno de ellos”⁽⁷⁾.

Recordemos que el consentimiento informado para TRHA debe ser instrumentalizado según la Resol. 616-E/2017 y protocolizado ante escribano público o certificado ante el Ministerio de Salud de la Nación, requisito que en el caso tampoco podría cumplimentarse. No se mencionó el art. 2279 CCC, sobre personas que pueden suceder. Su inc. c) remite a los requisitos del art. 561 para las personas nacidas mediante TRHA después de la muerte del causante. Ello implica que no puede obviarse lo estipulado en dicha norma para que la FPM genere derechos sucesorios. La privación de los derechos sucesorios para los nacidos mediante esta técnica sería un acto discriminatorio, contrario a la igualdad de las filiaciones (art. 558 CCC), y a todas luces inconstitucional.

Tal como lo sostuvieron Rosatti, Lorenzetti, y otros trabajos⁽⁸⁾, hoy no es jurídicamente posible realizar una fecundación *post mortem*, pues el consentimiento requerido al utilizar los gametos será imposible de renovar en virtud de la muerte de la persona. Como expresa Basset, la renovación del consentimiento funciona como una “clave de bóveda”⁽⁹⁾, es infranqueable. Es imposible concluir que hay consentimientos presuntos para después de la muerte. “Lo contrario implicaría aceptar que se puede mutar la voluntad del fallecido de realizar un proyecto conjuntamente delineado, a uno de naturaleza monoparental, motivado unilateralmente por el sobreviviente”⁽¹⁰⁾.

La voluntad procreacional no se puede equiparar al consentimiento presunto o al deseo demostrado. No existe una vía jurisdiccional para suplir la ausencia del acto voluntario; y por ello no son pertinentes las pruebas que tiendan a reconstruir o inferir lo que la persona habría deseado y no expresó en legal tiempo y forma⁽¹¹⁾. Para el Derecho, quien calla no otorga.

A raíz de esta interpretación exegética es que no puede entenderse que el ordenamiento jurídico guarde silencio sobre la FPM. Aunque no se la regule específicamente, gracias al dinamismo constitucional-convencional (arts. 1 y 2 CCC) se puede brindar una respuesta jurídica, interpretando las normas e integrando lagunas a la luz de la Constitución y los DDHH.

Por otra parte, surge de la causa que no existe testamento u otra disposición de última voluntad que habilite a la peticionaria a disponer de las muestras obtenidas para después de la muerte de su cónyuge, ni directivas anticipadas vinculadas a la realización de TRHA. El régimen vigente establece que el consentimiento tiene que ser actual en el momento de la renovación. “Al no estar prevista excepción alguna, la falta de consentimiento actual no puede ser suplida por una voluntad expresada en un instrumento otorgado en vida, ni por testamento. Para este supuesto, entonces, nos inclinamos por la prohibición total”⁽¹²⁾.

Ahora, ¿qué hubieran resuelto los tribunales inferiores si hubiese existido un documento que acreditara la voluntad procreacional *post mortem* de manera indubitable? ¿Qué se hubiese decidido frente a un testamento público en ese sentido?⁽¹³⁾. En función de los argumentos esgrimidos, entendemos que, ante esa situación, quizá se hubiese otorgado la autorización requerida. Pues lo que se tutela, en definitiva, es la autonomía, la voluntad procreacional de la persona fallecida. Las normas citadas son aquellas que protegen la libre voluntad (procreativa) de S. Leemos en el voto de Rosatti: “No debe olvidarse que en un caso

como el presente lo que está en juego no es la voluntad de la persona supérstite sino de la persona que ha fallecido, pues de la utilización de su material genético se trata” (cons. 9). Al igual que Basset nos preguntamos: “¿Basta esclarecer que se trata auténticamente de la voluntad y que esta no esté viciada para hacer lugar?”⁽¹⁴⁾. Si así fuese, bastaría que las clínicas de fertilidad recomienden a sus pacientes otorgar testamento para garantizarse el acceso a la FPM.

¿Qué pasaría si una pareja falleciera en un accidente, por ejemplo, y cada uno dejara en su testamento expresión de voluntad procreacional *post mortem*? ¿Podrían los herederos de los difuntos solicitar la fecundación y el alquiler de un vientre para implantar el embrión concebido *post mortem*? ¿Sería lícito que un niño tenga dos filiaciones *post mortem*? ¿Cómo se desarrollarían los procesos sucesorios? ¿Cómo y cuándo se dictará la declaratoria de herederos o determinará la partición de bienes, si se está a la espera de la potencial concepción, implantación y nacimiento con vida de un hijo del causante, el cual puede tardar meses o años en ser concebido e implantado? En el testamento podría nombrarse un potencial tutor (art. 106 CCC) y establecerse un potencial legado de alimentos (art. 2509 CCC). Podría disponerse o no de un plazo temporal para la realización de la FPM. ¿Podría dilatarse la práctica por cinco, diez, quince años? Los proyectos legislativos proponían que el material reproductor debía ser inseminado dentro del año siguiente al deceso. Pero hay jurisprudencia que entiende que es un plazo exiguo, considerando el normal proceso de duelo⁽¹⁵⁾ y que suelen requerirse varios intentos hasta lograr un embarazo. ¿Podría solicitarse judicialmente la ampliación del plazo, demostrando la afección emocional y psíquica por la pérdida del ser querido? En definitiva, los proyectos sobre FPM (y los plazos para llevar adelante esta práctica) no son ley. ¿Habría que atenerse, en su caso, a la voluntad expresada, o se requerirá interpretación judicial para determinar la razonabilidad del plazo fijado? El art. 2288 CCC dispone que el derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión. ¿Podría el causante despojar de derechos hereditarios a la persona nacida por TRHA *post mortem*, disponiendo que esta se realice transcurrido el plazo fijado?

¿Cuántos accesos a la TRHA *post mortem* se podrían derivar del mismo consentimiento? ¿Podría insistirse hasta que se acabe el material genético crioconservado? ¿Cuántos hijos *post mortem* es posible engendrar? ¿Podría manifestarse la voluntad procreacional *post mortem* testamentaria bajo condición de que la viuda no forme nueva pareja? ¿Podría autorizarse testamentariamente la utilización del material genético sin voluntad procreacional (es decir, otorgando una voluntad para ser solo dador de gametos)? En ese caso, el fallecido no tendría ningún vínculo filiatorio con el niño concebido mediante TRHA, pues no existiría voluntad procreacional. El niño quedaría sin progenitor masculino reconocido y sin acción para reclamar filiación.

Estos son solo algunos de los dilemas que la FPM introduce. Podrían responderse de diversa manera. Lo que es evidente es la inseguridad jurídica que la técnica genera. Y esto no se debe a su falta de regulación. Se debe a la disociación de los elementos de la persona y de la procreación que la propia práctica conlleva⁽¹⁶⁾.

La actora fundó su pretensión y su recurso extraordinario en el art. 19 CN. Lo cierto es que siempre se lo cita parcialmente, se menciona la última parte, y se olvida la primera. No se puede relativizar el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Pues están en juego derechos de un tercero: los derechos del hijo. Por lo demás, “si es abordada y considerada solo como una práctica despojada de cualquier debate bioético jurídico nada habría que autorizar”⁽¹⁷⁾.

No es menor que Lorenzetti mencione la autonomía como expresión de los derechos humanos y la dignidad de la persona y no haga ninguna referencia a los derechos humanos que asisten a los hijos. Como demostramos en

(7) Bueres, A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación: analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, Bs. As., 2014, I, 397.

(8) Lafferriere, “La fecundación...”, y Jáuregui, R. y Prado, D., “Fertilización post mortem: un caso de ausencia de voluntad procreacional para después de la muerte”, TR LALEY AR/DOC/2527/2023.

(9) Basset, U., “Filiaciones post mortem y el peso de la voluntad en la determinación en un derecho convencionalizado”, TR LA LEY AR/DOC/2526/2023.

(10) Jáuregui y Prado, “Fertilización...”.

(11) Galli Fiant, M. M., “Voluntad y filiación”, TR LALEY AR/DOC/1523/2018.

(12) Galli Fiant, M. M., “Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio”, AR/DOC/982/2017.

(13) El fallo JNCiv., 98, “E. R. A. s/ autorización” (1/2/22), TR LALEY AR/JUR/51098/2022, autorizó una FPM, ya que el aportante de gametos, antes de morir, otorgó un testamento público autorizando a quien en vida fuese su cónyuge a realizar la TRHA.

(14) Basset, “Filiaciones...”.

(15) Cfr. nota 13.

(16) Toscani Gómez, M. A., “La aparición de la filiación mediante procreación asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación: aplicación del método triangular para el análisis bioético”, *Vida y Ética*, 2022, 23 (1), <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16455>.

(17) Jáuregui y Prado, “Fertilización...”.

nuestra tesis⁽¹⁸⁾, la regulación de la filiación por TRHA no responde a la búsqueda de la verdad, la igualdad y la justicia, sino que sirve para justificar y organizar un fin práctico: la procreación asistida como opción autónoma de los adultos.

Los DDHH se invocan para justificar el acceso a prácticas como la FPM, en cuanto el hombre, “eje y centro de todo el sistema jurídico”⁽¹⁹⁾, es libre y tiene el derecho a construir su proyecto de vida, ejerciendo su autonomía reproductiva⁽²⁰⁾. Mas nunca se invoca en favor del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ambos con jerarquía constitucional) refieren al derecho a la coparentalidad. Y pese a que esta última reconoce que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”, hay quienes insisten en que autorizar la FPM es un adelanto de la humanidad, cuando en verdad “enlazan a la feminidad con la maternidad, así como a la masculinidad con un periférico rol familiar, traducido, particularmente, en el imperativo de contribuir, mediante material genético propio, a la realización de un proyecto vital completamente externo, ajeno”⁽²¹⁾.

Tampoco suele analizarse la responsabilidad parental (art. 5 CDN; art. 638 CCC), elemento clave para autorizar o no una filiación respecto de un progenitor premuerto, porque ¿quién ejercerá ese derecho reproductivo, en definitiva?⁽²²⁾. A diferencia de lo que ocurre en otros casos, cuando la ausencia de padre se produce por hechos fortuitos o involuntarios, la FPM priva deliberadamente al niño de uno de sus padres; es un niño “programado huérfano desde antes de ser”, quien es concebido a sabiendas de que no podrá entablar una relación con su padre⁽²³⁾.

El interés superior del niño (art. 3.1 CDN) está ausente en las consideraciones. Nos hallamos ante un Derecho que cuida más los deseos de los muertos que los derechos de los (futuros) niños.

Por lo expuesto, aun cuando este fallo cierra la puerta a un engendramiento *post mortem*, no se aparta de la tónica de un Derecho de familia que es complaciente con el deseo adulto⁽²⁴⁾. Incorporar la voluntad al derecho filiatorio es un problema, pues irrumpe en la coherencia del CCC y la validez ética de todo el sistema.

Por último, vale aclarar que no tratamos aquí la cuestión de la transferencia de embriones crioconservados tras el fallecimiento de su progenitor, porque es un supuesto jurídico distinto. El embrión humano es una persona por nacer (art. 19 CCC)⁽²⁵⁾, sujeta a responsabilidad parental (art. 638 CCC), que goza de derecho a la vida⁽²⁶⁾ y de derecho a nacer. Entendemos que en casos en los que se solicita su transferencia debe primar el derecho humano a la vida por sobre las regulaciones de la voluntad procreacional⁽²⁷⁾.

VI. Consideraciones bioéticas

Los profundos cambios que la legislación argentina ha sufrido con el fin de legitimar adelantos biotecnológicos y de ampliar los derechos de ciertos colectivos sociales no han sido precedidos por una reflexión antropológica y ética. Por eso es necesario que las valoraciones trasciendan el análisis jurídico. Urge abordar la cuestión de la voluntad procreacional y las TRHA de manera transdisciplinar⁽²⁸⁾.

(18) Toscani, “La aparición...”.

(19) CSJN, “Bahamondez”, Fallos 316:479 (1993).

(20) Cfr. CIDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica” (28/11/12) Serie C, 257.

(21) Jáuregui y Prado, “Fertilización...”.

(22) Basset, “Filiaciones...”.

(23) Zabaleta, D., “Transferencia de embriones crioconservados luego de la muerte del padre: fallo judicial sobre su cobertura”, DFyP 2016 (agosto), 140, AR/DOC/2172/2016.

(24) Ídem.

(25) Cfr. Lafferriere, J. N., “El art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, DFyP 2014 (noviembre), AR/DOC/3796/2014.

(26) Los tratados de DDHH abundan en menciones al derecho a la vida: arts. I Decl. Am.; 3° Decl. Univ.; 4° CADH; 6° Pacto Int. D. Civ. y Pol.; 6° CDN. Recordamos que la CADH dispone que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, y que la Argentina, al aprobar la CDN, declaró que “se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción”.

(27) Lafferriere, “La fecundación...”, y Zabaleta, “Transferencia...”.

(28) Toscani, “La aparición...”.

Con respecto a la FPM, hay autores que sostienen que no se puede hacer un juicio moral, ya que “no existe un solo modelo de familia”⁽²⁹⁾, y opinar lo contrario es fruto “del esfuerzo homogeneizador que propician las religiones”⁽³⁰⁾. Mas es absurdo considerar que el Derecho es o debe ser avalorativo: esa postura, en última instancia, conduce a un Derecho que prescinde de todo criterio de justicia y de bien común⁽³¹⁾. La Constitución y los DDHH refieren directamente a valores y bienes jurídicos que deben ser tutelados. El ya mencionado art. 19 CN expresa que hay un orden y una moral pública. En el CCC, el factor moral está presente en numerosos artículos: abuso del derecho (art. 10), objeto de los actos jurídicos (art. 279), condiciones prohibidas (art. 344), la nulidad absoluta (art. 386), la libertad de contratación (art. 958), el objeto de los contratos (art. 1004), entre otros. Los mismos artículos invocados en el voto comentado refieren a la moral y las buenas costumbres (arts. 55 y 56). La pretensión de un derecho de familia “amoral” equivale a confundir las leyes jurídicas (prescriptivas) con las leyes sociológicas (descriptivas). En definitiva, implica renunciar a la función propia del Derecho. ¿O acaso todo lo científicamente posible es ética y jurídicamente viable? ¿Cuál sería el límite? La antropología ofrece un criterio de discriminación entre lo que es técnica y científicamente posible y lo que es lícito éticamente; entre lo que es legal y lo que es benéfico para el hombre. Los valores fundamentales de la persona deben ser protegidos no solo moral, sino también legalmente⁽³²⁾.

Hoy el respeto a la dignidad del cuerpo humano es una exigencia ética fundamental, que se manifiesta en los arts. 17, 51 y 56 CCC. La ley coloca fuera del comercio a los actos jurídicos relacionados con el cuerpo humano o sus partes, al que liga a valores extrapatrimoniales, y sobre el que opera el principio de solidaridad⁽³³⁾. Esa misma exigencia se da en relación con la sexualidad, por ser una modalización de la corporalidad humana. Respetar la dignidad de la sexualidad exige como norma ética irrenunciable observar la inseparabilidad de los aspectos unitivo y procreador que le son inmanentes.

La técnica ha alcanzado logros importantes en el dominio de la corporalidad y la sexualidad. Pero la ciencia no es un valor en sí mismo. Por encima está siempre la dignidad de la persona. El respeto a esta es el criterio de la bondad o malicia de toda actividad humana.

Un hijo es un fin loable y apetecible, pero eso no habilita a que se emplee cualquier medio para concebirlo, ni en el derecho ni en la ética. El deseo o la voluntad no pueden ser un fundamento de eticidad. Por el contrario, la libertad es una propiedad de una tendencia (la voluntad). Por tanto, debe necesariamente tender a algo. Si fuese una indeterminación total del querer sería una tendencia a la nada, lo cual es absurdo. Por esa razón, la autonomía no puede ser considerada como un bien humano básico o un bien moral: se trata meramente de un supuesto constitutivo de la eticidad.

Como sostiene Massini Correas, la moral autónoma conduce a una imposibilidad de valorar éticamente las intervenciones y no ofrece criterios para las difíciles situaciones que se presentan en el ámbito de la Bioética⁽³⁴⁾. Por ello debemos rechazar la autonomía como un valor humano que debe ser protegido jurídicamente.

En consecuencia, la autorización de prácticas como la FPM no puede depender de la existencia de una voluntad autónoma que la desee⁽³⁵⁾. Debe haber un juicio de la práctica en sí misma. Para la Bioética personalista, ontológicamente fundada, no basta con el obrar voluntario y libre, pues las consecuencias de las acciones involucradas deben tenerse en cuenta y ser sopesadas en el juicio bioético.

(29) CIDH, “Fornerón e hija c. Argentina” (27/4/12), https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf (acceso el 9/1/21).

(30) Gil Domínguez, A., “Filiación post mortem y consentimiento(s)”, RDF 2023-III-35, TR LALEY AR/DOC/879/2023.

(31) Cfr. Sgreccia, E., *Manual de Bioética*, BAC, Madrid, 2018, I, 76-77.

(32) SGRECCIA, 74.

(33) Herrera, M. y otros (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Infojus, Bs. As., 2015, I, 47.

(34) Cfr. Massini Correas, C., “¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la Bioética contemporánea”, Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña, 2004, 503.

(35) Sambirizzi, E., “Fecundación post mortem”, La Ley, AR/DOC/2529/2023.

Por eso se propone el *Principio de libertad-responsabilidad*: en él se engloba el concepto de que la persona es libre, pero es libre para conseguir el bien de sí mismo y el bien de las otras personas, pues el mundo ha sido confiado a la responsabilidad humana. La defensa de la vida es anterior a este principio, pues la vida es condición para el ejercicio del obrar libre. No puede celebrarse la libertad sin considerarse la responsabilidad. “La libertad no coincide con la autonomía y la autodeterminación: ser libre no significa ejercitar de modo absoluto el libre arbitrio”⁽³⁶⁾.

Recurrir a la FPM es un exceso en el uso de la libertad de los adultos respecto de la vida y la dignidad del niño. Más allá de las intenciones particulares, transgrede valores propios de la persona, como la dignidad, la vida (en toda TRHA se pierden y cosifican embriones humanos), la integridad, y otros derechos fundamentales. La Bioética y el Derecho procuran la responsabilidad frente a las otras personas, por tanto, no puede justificarse el (ab)uso de la autonomía que cosifica a otros seres humanos.

VII. Conclusión

La voluntad procreacional no puede ser una habilitación para transgredir la dignidad de la persona humana: “Ser padre significa responder por el hecho de haber procreado (...) Se trata de un acto de dignidad humana, probablemente el más digno de todos: el de asumir la propia responsabilidad parental y, por ende, la causa de la parentalidad, la procreación. Quien comete un acto de implicancias jurídicas debe asumirse en las consecuencias de ese acto. Quien engendra debe asumir en toda su dimensión y radicalidad la progenitorialidad”⁽³⁷⁾. La libertad

(36) PALAZZANI, L., “La fundamentación personalista en bioética”, Cuadernos de Bioética, 4-14, (1993), 48-54.

(37) Basset, “La democratización de la filiación asistida”, LL 2014-F-609.

bien ejercida no se desentiende de las consecuencias de sus actos.

El Derecho está llamado a ser brújula, a orientar el camino; no a correr tras los pasos de una sociedad que busca la satisfacción de sus deseos. Obrando de ese modo, el Derecho resigna su función de garante⁽³⁸⁾.

La filiación *post mortem* es un abuso de la libertad de los adultos respecto de la vida y la dignidad del niño. Es necesario que se amplíe y enriquezca el análisis jurídico sobre la FPM, superando el mero examen de la cuestión desde el punto de vista de la voluntad procreacional y sus requisitos formales. Debe estudiarse la licitud de la técnica en sí misma, a la luz de la bioética. Sugerimos que, en orden al bien común, y en el marco del Derecho convencional-constitucional, se introduzcan consideraciones sobre las potenciales afecciones al orden público y a los derechos de terceros, que, por ser niños, merecen especial protección por parte del sistema jurídico. Entendemos que esto conllevará medidas restrictivas o prohibitivas para evitar la lesión de DDHH fundamentales. Solo así será posible una auténtica cultura de la vida, respetuosa de la dignidad de todo y cada ser humano.

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

(38) Basset, “Filiaciones...”.

Bioética:

Recurso extraordinario: falta de fundamentación; material genético crioconservado; derecho a la vida; inexistencia; disponibilidad; normativa aplicable; consentimiento expreso; persona fallecida; anticipado; improcedencia.

Con nota a fallo

- 1 – Dado que el recurso extraordinario no cumple con el requisito de fundamentación autónoma, corresponde declararlo mal concedido.
- 2 – Sin perjuicio de que debe ser declarado mal concedido, por carecer de fundamentación autónoma, el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que denegó la autorización solicitada por la actora para utilizar, en un tratamiento de fertilización asistida post mortem, el material genético crioconservado de quien en vida fuera su cónyuge, resulta conveniente formular diversas consideraciones con relación a la cuestión, a fin de esclarecer –para causas futuras– la materia bajo examen (del voto del doctor ROSATTI).
- 3 – La utilización de material genético de una persona no pone en debate el derecho a la vida de esa persona o de un tercero, pues el gameto –masculino o femenino–, considerado aisladamente, no constituye una “persona física” protegida por el orden jurídico como tal; no es un nasciturus o persona por nacer. Su disponibilidad no pone en riesgo una vida que no existe –porque no se la ha generado aún– ni tampoco la de quien los ha producido, porque –en el caso en examen– ya ha fallecido (del voto del doctor ROSATTI).
- 4 – No hay ausencia de norma que regule el consentimiento de una persona que ha fallecido para la utilización de su material genético con fines reproductivos, sino existencia normativa. Se trata del art. 560 del CCyC, cuyo contenido es claro e inequívoco, por lo que resulta de aplicación en el caso la inveterada jurisprudencia de la Corte que, frente a diversas circunstancias y en distintas épocas, ha sostenido que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que cuando es-

ta es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (del voto del doctor ROSATTI).

- 5 – Cuando en el art. 560 del CCyC se afirma que el “consentimiento debe renovarse cada vez que...”, queda invalidada toda pretensión que sustente dicha expresión de voluntad en una mera presunción o en una manifestación realizada para una ocasión anterior (del voto del doctor ROSATTI).
- 6 – Dado que el art. 560 del CCyC es una norma específica que regula el consentimiento de una persona que ha fallecido para la utilización de su material genético con fines reproductivos, no hay un vacío normativo que habilite la remisión al segundo párrafo del art. 19 de la CN (reserva de la ley). La norma en cuestión prohíbe el consentimiento presunto –que, en el caso, la recurrente pretende acreditar con la autorización realizada en vida por el cónyuge mediante un poder suscripto varios años atrás–, porque la cláusula exige una afirmación explícita con los requisitos y formalidades previstos en el art. 561 y concordantes del CCyC en cada procedimiento, a lo que debe sumarse que el citado art. 560 del CCyC prohíbe también el consentimiento anticipado por cuanto la cláusula de marras afirma que la manifestación de voluntad “debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”, criterio abonado por la posibilidad legalmente reconocida de revocar libremente el consentimiento (mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión, conforme al art. 561 del CCyC), opción que no podría ejecutar nunca la persona fallecida (del voto del doctor ROSATTI).
- 7 – En la causa en la que la actora pretende –y le fue denegada– la utilización de material genético de una persona fallecida no está en juego el derecho a la vida de una persona viva o de una por nacer; no está en discusión la protección de una familia constituida ni la de sus miembros, cuya integridad no se ve comprometida ni amenazada; no se advierte una hipótesis de discriminación a la mujer supérstite, por cuanto lo que se debate es la utilización del material genético del cónyuge fallecido y hay una norma específica que regula el consentimiento exigible para estos tratamientos de