

Título: La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial

Autor: Lafferriere, Jorge N.

Publicado en: LA LEY 11/07/2018, 11/07/2018, 6 - LA LEY2018-C, 599 - DFyP 2018 (septiembre), 05/09/2018, 163

Cita Online: AR/DOC/1288/2018

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos y la sentencia.— III. Las distintas hipótesis de técnicas de reproducción artificial post mortem.— IV. Inadmisibilidad de la representación y de la presunción de consentimiento.— V. Más allá de esta sentencia.— VI. El caso de los embriones huérfanos.— VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

El 3 de abril de 2018, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó sentencia en la causa "D., M. H. y otros s/ autorización" y rechazó una acción orientada a autorizar la utilización de los gametos del fallecido Sr. S. D. en un tratamiento de fertilización asistida post mortem. De esta manera, confirmó lo resuelto en primera instancia. La causa que había sido iniciada por la conviviente del Sr. S. D. y los padres del fallecido. A diferencia de otros casos, centrados en el problema de la transferencia de embriones ya concebidos y criopreservados, en esta ocasión nos encontramos ante una pretensión de utilización post mortem de gametos del fallecido.

En este breve comentario ([1](#)), nos proponemos dar cuenta de lo resuelto por la Cámara y analizar algunas de las cuestiones jurídicas subyacentes sobre la situación de la fecundación post mortem en el Derecho argentino.

II. Los hechos y la sentencia

Según se explica en el consid. II, S. D. recibió un diagnóstico de cáncer y decidió criopreservar sus gametos debido a que el tratamiento de quimioterapia le iba a producir esterilidad. Esos gametos masculinos fueron depositados en la clínica de fertilidad por su padre el 4 de abril de 2015, alegando una representación como "tutor". Sin embargo, S. D. falleció el 24/07/2015 sin que se realizara la fecundación. Por su parte, la conviviente criopreservó ovocitos recién con posterioridad al fallecimiento de S. D. Así, la conviviente superviviente se presenta en sede judicial y solicita la autorización para utilizar los gametos del fallecido. Su presentación es acompañada por los padres de S. D. El juzgado de primera instancia rechaza la pretensión y la Cámara confirma esa decisión.

En lo central, luego de explicar la pretensión y los argumentos de los recurrentes (consid. II), la sala B explica que la cuestión a decidir "se circunscribe a determinar si estando en vida, S. D. prestó su consentimiento informado para que, luego de su fallecimiento..., M. T. J. iniciara un tratamiento de fertilización asistida con los gametos que el padre de aquél, invocando su condición de tutor, depositara en P... el 4 de abril de 2015". Argumenta que la técnica post mortem no está regulada en nuestro país ("guarda silencio" nuestra legislación), aunque aclara que la técnica estaba incluida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial y finalmente fue suprimida, deduciendo de ello que no tiene una marcada aceptación social en nuestro país.

El fallo propone buscar una decisión razonablemente fundada y se basa en los siguientes argumentos:

— Entiende que el consentimiento informado no puede presumirse en estos casos por ser un acto personalísimo.

— Descarta toda posibilidad de "representación" por parte del padre de S. D.

— Tampoco se verifica un consentimiento "tácito", máxime que el formulario de depósito de los gametos contemplaba la eliminación de los mismos en caso de incapacidad o fallecimiento.

— Concluye enfatizando la centralidad del principio de la "voluntad procreacional".

En definitiva, la sentencia deja en claro que no se puede presumir un consentimiento en esta materia, ni invocar representación para ello.

III. Las distintas hipótesis de técnicas de reproducción artificial post mortem

Desde un punto de vista teórico, imaginando un caso simple de dos requirentes que recurren a sus propios gametos (homóloga), encontramos las siguientes hipótesis:

a) El fallecido no depositó sus gametos ni expresó ninguna voluntad.

b) El fallecido depositó sus gametos pero a través de un mandatario o representante, sin dejar su voluntad en forma expresa.

c) El fallecido depositó sus gametos y dejó su voluntad en forma expresa.

d) El fallecido no depositó sus gametos pero dejó su voluntad en forma expresa (extracción de gametos post mortem).

e) El fallecido depositó sus gametos, dejó su voluntad para su utilización en un testamento o expresión de última voluntad.

f) Los gametos del fallecido fueron utilizados para fecundar embriones, que permanecían criopreservados al momento del fallecimiento del requirente. Este supuesto, que podría variar según el fallecido haya o no dejado expresada su voluntad para la transferencia de los embriones, sería distinto a todos los anteriores, pues aquí ya nos encontramos con embriones concebidos, y, por tanto, con personas por nacer en los términos del art. 19, Cód. Civ. y Com.

El fallo que comentamos corresponde al supuesto b) antes enumerado.

A continuación, analizaremos estas distintas situaciones a la luz del Derecho argentino, dejando aclarado que a nuestro entender serios problemas ético-jurídicos de fondo afectan a las técnicas de procreación artificial.

IV. Inadmisibilidad de la representación y de la presunción de consentimiento

Como ya explicamos, en el caso que analizamos el Sr. S. D. había fallecido sin que hubiera voluntad expresa de utilización de sus gametos. En este punto, recordemos que los arts. 560 y 561 se refieren al consentimiento personal del requirente para la determinación de la filiación por voluntad procreacional. La pretensión de los actores parece orientada a considerar dado ese consentimiento por la representación de su padre o bien a considerar que el hecho de haber depositado los gametos hacía presuponer la existencia de un consentimiento para su utilización, incluso post mortem.

La sentencia, por un lado, descarta que hubiera habido una representación del padre. En tal sentido, cuando el padre concurrió a depositar los embriones en la clínica invocó su condición de "tutor". Correctamente, la sentencia explica que se trata de una "representación inexistente, pues este último (S. D.) contaba con plena capacidad y lucidez, tan así es que dos días antes había prestado su consentimiento informado para someterse a tratamientos de quimioterapia, por lo que mal puede interpretarse que se suplió su voluntad".

La sentencia en este punto concluye que "la posibilidad de utilizar y transferir aquellas células [los gametos] queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación (ver arts. 51, 53, 56 y 264, última parte del Cód. Civ. y Com.)".

Las citas remiten a los artículos del nuevo Código referidos a los derechos personalísimos y también al clásico artículo que señala que el silencio no es manifestación de la voluntad. En este punto, hay un error que suponemos de tipeo al mencionar el art. 53 (que refiere al derecho a la imagen). En realidad, el artículo al que se refieren es el 55: "Art. 55. — Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable".

Hasta aquí la sentencia no tuvo que recurrir a las disposiciones civiles sobre filiación para dar solución al problema. Sin embargo, también remite a los arts. 560 y 561, Cód. Civ. y Com. para concluir que no hay consentimientos presuntos para después de la muerte. También cita el art. 7º del dec. 956/2013 que reglamenta la ley 26.862 y que se refiere a la necesidad de documentar el consentimiento con la firma del titular que expresa su voluntad. Ello excluye la posibilidad de representación.

Otros elementos que refuerzan la conclusión se vinculan con el hecho de que el formulario que firma el padre de S. D., cuando deposita los gametos, dispone que se procederá a su descongelamiento para la eliminación en caso de incapacidad o fallecimiento. Este elemento refuerza la interpretación referida a la improcedencia de presumir un consentimiento para la utilización post mortem.

La solución es lógica si consideramos las profundas implicaciones que tiene la idea de concebir un hijo luego del propio fallecimiento. La misma sentencia reconoce que no es una técnica que tenga marcada aceptación social en nuestro país, al punto que, aunque figuraba en el proyecto inicial del Código Civil y Comercial, finalmente fue quitada.

V. Más allá de esta sentencia

Hasta aquí la decisión comentada. La pregunta es ¿qué hubiera pasado si hubiera habido consentimiento expreso? ¿podría ser admisible bajo las normas vigentes la fecundación post mortem? El hecho de que la sentencia no haya tenido que enfrentar este planteo no nos impide procurar analizarlo en este breve comentario.

Un primer problema está dado por las normas que regulan este tema. Como sabemos, la ley 26.862 tiene por finalidad garantizar el acceso a las técnicas, mientras que el Código Civil y Comercial regula los aspectos

filiatorios. Es decir, que las dos normas no regulan las técnicas en sí mismas. Ello se vincula con la demora del Congreso en sancionar una ley de fondo [\(2\)](#).

Veamos a continuación lo que disponen las normas citadas en relación con el consentimiento:

La ley 26.862 de Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece: "Art. 7° — Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer".

Por su parte, el Código Civil y Comercial dispone:

"Art. 560. — 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".

"Art. 561. — 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".

Se advierte así que la novedad que introdujo el nuevo Código es que el "consentimiento" debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de los gametos (art. 560, Cód. Civ. y Com.). Es decir, si los gametos son usados en el mismo momento de la extracción, el consentimiento es válido por sí mismo. Pero si los gametos son usados en un momento distinto, el consentimiento debe ser renovado [\(3\)](#).

En consecuencia, la redacción del art. 560, Cód. Civ. y Com., resulta clara para considerar que la muerte de la persona supone la imposibilidad de renovar el consentimiento.

Ahora bien, tampoco sería admisible que una persona "adelante" su consentimiento para el momento de la renovación. Es que la renovación supone que el consentimiento se vuelva a expresar.

Por lo expuesto, cabe concluir que la muerte supone la imposibilidad de renovar el consentimiento dado y por tanto la imposibilidad de avanzar con la realización de la técnica en las condiciones iniciales. De alguna manera, la muerte es un hecho jurídico que produce la revocación del consentimiento.

Esta conclusión viene reforzada por lo dispuesto en el art. 2279 sobre quiénes pueden suceder:

"Art. 2279. — Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561;
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".

Si bien no nos encontramos aquí con una norma sobre autorización en sí de las técnicas, se refuerza la interpretación referida a la necesidad del consentimiento.

Esta explicación permite también responder a la afirmación que realiza la sentencia en el sentido de que el ordenamiento jurídico "guarda silencio" sobre la fecundación post mortem. En este punto, creemos que hoy no es posible jurídicamente realizar una fecundación post mortem, pues el consentimiento requerido para el momento de utilización de los gametos será imposible de renovar por la muerte de la persona [\(4\)](#).

En cuanto al caso del consentimiento para una fecundación post mortem expresado en un testamento, creemos que no es admisible por privar deliberadamente al niño de uno de sus vínculos filiatorios. Igualmente, entendemos que bajo el régimen vigente el consentimiento tiene que ser actual en el momento de la renovación, con la persona viva.

Coincidimos con Galli Fiant, que sostiene: "El consentimiento actual al tiempo de la utilización de gametos excluye la posibilidad de llevar a cabo la práctica intra o extracorpórea luego del fallecimiento del varón o la mujer, aunque haya formalizado otro consentimiento para una práctica anterior. 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" [\(5\)](#).

Ahora bien, junto con estas razones relacionadas con el derecho vigente, creemos que coexisten otras razones de fondo referidas tanto a las técnicas de procreación artificial, como al hecho de que la fecundación post mortem supone la deliberada concepción de un hijo privado de uno de sus progenitores.

VI. El caso de los embriones huérfanos

La situación analizada se diferencia del supuesto en que se hubiera producido la muerte del dador de los gametos luego de la fecundación. En tal caso, ya existen embriones humanos, que son personas a tenor del art. 19. Y por lo tanto tienen derecho a la vida.

Así, creemos que en tales supuestos serían admisibles los planteos ordenados a obtener la transferencia de los embriones para su nacimiento. Exigir una renovación del consentimiento contraría el respeto a la vida de los embriones. En tales casos la voluntad procreacional debe ceder ante la realidad de la vida ya concebida.

Por supuesto, no se nos escapa que nuestra postura está sujeta a controversias por las pretensiones de tornar operativa en nuestro país la interpretación que hizo el fallo "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Disentimos con esa postura y nos remitimos a trabajos anteriores [\(6\)](#). Entendemos que en estos casos siempre será admisible la transferencia, pues se trata de personas ya vivas, sujetas a responsabilidad parental (art. 638, Cód. Civ. y Com.) y que tienen derecho a nacer.

Como afirma Daniela Zabaleta: "En la fecundación post mortem el niño es concebido a sabiendas de que uno de sus progenitores no se encuentra con vida, privándolo adrede de la relación que pudiera tener con esa persona. En cambio, en los demás casos, se trata de un hecho involuntario, ajeno al querer de las partes. Las consecuencias en uno y otro supuesto son las mismas: el niño nacerá o se criará sin su padre, pero las causas de esas consecuencias no son idénticas y eso es justamente lo que hace que no puedan compararse ambos escenarios. Recuérdese que los actos en el Derecho no se juzgan sólo por los efectos que producen, sino que en su análisis resulta primordial la intención del agente que obra" [\(7\)](#).

VII. Reflexiones finales

Un pasaje interesante de la sentencia que comentamos se adentra a considerar la cuestión de si la procreación artificial es un "derecho". Citando a Alma María Rodríguez Guitián se afirma: "También se han puesto objeciones teóricas a su configuración como un derecho desde el otro elemento estructural, el objeto. En particular, que no cabe identificar al hijo con el objeto del derecho a la procreación, porque ello equivaldría a cosificarlo e introducirlo en el tráfico jurídico, a tratarlo como un bien. Por ello se han apuntado otras opciones en las que la decisión acerca de la procreación se vincula más con la libertad".

Esta frase llama la atención sobre un aspecto descuidado de la reflexión jurídica sobre las técnicas de procreación artificial. En efecto, suele imperar una postura que considera que el acceso a las técnicas tiene que ser irrestricto y sin ningún tipo de limitaciones, por aplicación de una visión exaltada de la autonomía personal. Excede el alcance de este comentario profundizar el tema, pero nos permitimos disentir y señalar que es justo que, debido a los bienes en juego, se adopten medidas para regular la intermediación técnica en la procreación humana.

A mi entender, Jacqueline Laing y David Oderberg son quienes más han profundizado la conexión entre las TRHA y las exigencias del bien común y de la dignidad de la persona humana [\(8\)](#). Para estos autores, las TRHA tienen implicaciones para el bien común porque involucran asuntos vinculados con la reproducción humana, el parentesco, la raza, la paternidad y la identidad y sostienen que la reproducción artificial esencialmente involucra el tratamiento de la vida humana como un "commodity". Estas consideraciones habitualmente son soslayadas a partir de una exaltación de la autonomía de los adultos [\(9\)](#), de modo que el niño deja de ser considerado como un don y se convierte en un producto. De allí que sea necesario que se dicten medidas jurídicas restrictivas e incluso prohibitivas de las conductas más graves.

(1) Nos limitamos a un análisis de los problemas jurídicos involucrados, sin abrir juicio sobre las intenciones de personas concretas implicadas, que deben ser respetadas en sus entendibles búsquedas personales, máxime cuando acontecen tragedias tan difíciles de sobrellevar como la muerte de un joven.

(2) En 2014 la Cámara de Diputados dio media sanción a un proyecto de ley que finalmente perdió estado parlamentario. LAFFERRIERE, Jorge N., "Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas", LA LEY, 2015-A, 789.

(3) No entramos a considerar la injusticia e inconstitucionalidad que encierra exigir la renovación del consentimiento una vez que se han concebido los embriones, personas por nacer.

(4) En contra de esta postura, Soledad Briozzo entiende que no existe ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa para que la mujer pueda extraer gametos de su cónyuge fallecido

(BRIOZZO, Soledad, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem", DFyP 2017 [julio], 12/07/2017, 48, AR/ DOC/1208/2017).

(5) GALLI FIANT, María Magdalena, "Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio", DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, 197, AR/ DOC/982/2017.

(6) LAFFERRIERE, Jorge N., "El art. 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado", DFyP 2014 (noviembre), 01/11/2014, ps. 143-151, AR/DOC/3796/2014.

(7) ZABALETA, Daniela B., "Transferencia de embriones crioconservados luego de la muerte del padre: fallo judicial sobre su cobertura", DFyP 2016 (agosto), 04/08/2016, 140, AR/DOC/2172/2016 (comentando el fallo JCiv.,Com., Lab. y Min. N°4, Santa Rosa, 30/12/2015, "A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social - Siempre s/ amparo").

(8) LAING, J. A. - ODERBERG, D. S., "Artificial Reproduction, The 'Welfare Principle', And The Common Good", *Medical Law Review*, 13, autumn 2005, ps. 328-356, doi:10.1093/medlaw/fwi022; FITZGIBBON, S. T., "The Law's Duty to Promote the Kinship System: Implications for Assisted Reproductive Techniques and for Proposed Redefinitions of Familial Relations", Boston College Law School, Legal Studies Research Papers Series, Research Paper 329, August 18, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482416 (consulta: 15/12/2014).

(9) Ver WARDLE, L., "The Disintegration of Families and Children's Right to Their Parents", *Ave Maria Law Review*, vol. 10, nro. 1, fall 211, ps. 1-52 (quien se refiere a la decisión deliberada de crear un proyecto que priva parcialmente de alguno de los padres a un hijo —deliberate choice of partial parentlessness— y afirma que se trata de una forma de priorizar la autonomía de los adultos por sobre la responsabilidad parental).

Información Relacionada

Voces:

FILIACION ~ FILIACION POST MORTEM ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ REPRESENTACION ~ CONSENTIMIENTO

Fallo comentado: [CNCiv., sala B ~ 03/04/2018 ~ D., M. H. y otros s/ Autorización.](#)