

Reproducción humana asistida post mortem: Un criterio de aproximación para su consagración legislativa

Postmortem assisted human reproduction: A criterion for legislative enshrinement

*María Paula Carril**

Resumen

En el campo de la biogenética, la reproducción humana asistida es uno de los mayores logros. El nuevo orden civil no logró incluir la gestación por sustitución y las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* por dilemas éticos y jurídicos. Cabe preguntarse si es posible construir una postura intermedia entre las tesis extremistas que defienden la realización de la técnica o la condenan. La jurisprudencia argentina viene desarrollando con bases sólidas una postura intermedia que probablemente con el transcurso de los años llegue a tener consagración legislativa. La reproducción humana asistida *post mortem* constituye un supuesto especial dentro de las técnicas de reproducción asistida cuya característica definitoria radica en que se realiza después de la muerte de uno de los miembros de la pareja. El marco regulatorio debería estructurarse sobre criterios basales como la excepcionalidad de la admisión del consentimiento presunto, limitada al supuesto de transferencia *post mortem* de embriones crioconservados al tiempo de la muerte, y la presunción *iuris tantum* del consentimiento presunto, fundada en la premisa de que un tratamiento de reproducción asistida configura un proceso.

Palabras claves: reproducción humana *post mortem* – voluntad procreacional – consentimiento presunto – laguna del derecho – criterios regulatorios

* Especialista en Derecho Procesal (UCSE-UNR). Abogada por la Universidad Católica de Santiago del Estero. Posgrado en Derecho Laboral por la UBA, Posgrado en Derecho Penal y Diversidad Cultural por la UNJU. Secretaria de la Fiscalía General del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. Investigadora independiente. Contacto: mpcarril@justiciajujuy.gov.ar.

Abstract

In the field of biogenetics, assisted human reproduction is one of the greatest achievements. The new civil order failed to include surrogate motherhood and postmortem assisted human reproduction techniques due to ethical and legal dilemmas. It is worth asking if it is possible to build an intermediate position between extremist theses that defend the realization of the technique or condemn it. Argentine jurisprudence has been developing an intermediate position with solid foundations that will probably gain legislative consecration over the years. *Postmortem* assisted human reproduction constitutes a special category of assisted human reproduction techniques, characterized by being carried out after the death of one of the members of the couple. The regulatory framework should be structured around basic criteria, such as the exceptional nature of the admission of presumed consent, limited to the presumed postmortem transfer of cryopreserved embryos at the time of death, and the *iuris tantum* presumption of presumed consent, based on the premise that an assisted reproduction treatment constitutes a process.

Key words: *post mortem* human reproduction – procreational will – presumed consent – gap in law – regulatory criteria.

I. A modo de introducción

En el campo de la biogenética, la reproducción humana asistida es uno de los mayores logros.² En muchos casos, la ley intenta “aggiornarse” a los cambios que el camino de la ciencia médica va presentando. En muchos otros, a veces por una deliberada omisión y otras por la clara imposibilidad de brindar una respuesta actual a la problemática, la respuesta normativa no puede contemplar la consecuencia jurídica que demanda el presupuesto fáctico. Y, como es sabido que el juez no puede dejar de decir el derecho bajo el pretexto de que no hay norma en que el caso concreto pueda subsumirse, la construcción pretoriana se erige como el inexcusable e inevitable camino de abordar las lagunas del derecho.

El Código Civil y Comercial ha incorporado en su articulado, a la par de las ya conocidas formas de reconocer la filiación (por naturaleza y por adopción), la posibilidad de que tenga su origen en técnicas de reproducción humana asistida.³ Sin embargo, el nuevo orden civil no logró incluir ni la figura de la gestación por sustitución ni la posibilidad de llevar a cabo las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* debido a la existencia de dilemas éticos y jurídicos de paradigmas que se hallan en franca contradicción entre sí.

La voluntaria omisión del legislador resulta inconcebible y repara en la inevitable persistencia del vacío legal en el que entra en escena el incommensurable valor doctrinario y la fuerza del precedente jurisprudencial. La construcción del caso particular es necesariamente pretoriana y demanda en el futuro una necesaria respuesta del sistema normativo.

Es importante reivindicar el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia para desentrañar las razones que sustentan la omisión legislativa. Además, nos obliga a repensar cómo repercute esta laguna del derecho en el plano de la realidad, y a adoptar una postura crítica en torno a la forzada necesidad del intérprete judicial de crear derecho para juzgar el caso concreto. Resulta necesario matizar posturas para alcanzar un criterio que sea respetuoso de la dignidad humana en el plano bioético, pero no desentendido de

² Carlos Alza Barco, “El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios”, *Revista Derecho & Sociedad*, Nro.º 10 (noviembre 1995), p. 28, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14306>.

³ María Paula Carril, “Maternidad subrogada: un vacío legal inconcebible”, *Difusiones* 21, Nro.º 21 (diciembre 2021) p. 25, disponible en <http://revistas.ucse.edu.ar/ojsucse/index.php/difusiones/article/view/388>.

lo que acontece en la realidad: indudablemente existe un intenso deseo en la generalidad de los seres humanos de experimentar la maternidad o paternidad. Cuando ello no es posible de alcanzar por vías naturales, la ciencia les permite explorar otras posibilidades.

El presente artículo pretende abordar la conceptualización de la técnica de reproducción humana asistida *post mortem* y una breve referencia a sus modalidades de realización, y repensar la laguna jurídica en la que incurre el legislador. Además, busca formular una aproximación a la construcción de la existencia de un presunto consentimiento basado en la voluntad procreacional, para luego referir una breve síntesis de la jurisprudencia acerca de la temática, y a los posibles criterios en los que debería enmarcarse la regulación positiva del instituto.

II. Técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*: ¿de qué hablamos?

Es posible afirmar que existen dos categorías diferenciadas que se relacionan entre sí de un modo pasivo: el derecho y el tiempo.⁴ Entre ambas, hay una pujante tensión: mientras el tiempo transcurre, el derecho intenta aprisionarlo en un orden formal. El tiempo es esencialmente mutable, y el orden jurídico se ve forzado a adaptarse a ese cambio que siempre se encuentra un paso más adelante.

Dice Alza Barco que “el derecho es una ciencia de realidades valorativamente normadas, y normativamente no podemos contradecir dicha realidad, en tanto ésta no es otra que la vida humana social”.⁵ Cabe preguntarse si es posible construir una postura intermedia entre las tesis extremistas que sobresalen y que defienden sin cuestionamiento alguno la posibilidad de realización de las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*, o la condenan sin posibilidad de otorgarle ninguna validez.

La respuesta no es sencilla y depende de una construcción cultural y socialmente determinada, normativamente condicionada y axiológicamente plausible de ensayar. En lo personal, creo que la jurisprudencia argentina viene desarrollando con bases sólidas una postura intermedia que probablemente con el transcurso de los años llegue a tener consagración legislativa.⁶

⁴ Alza Barco, “El concebido in-vitro post mortem” p. 28.

⁵ Alza Barco, “El concebido in vitro post mortem”, p. 29.

⁶ Carril, “Maternidad subrogada: un vacío legal inconcebible”, p. 30.

En primer lugar, creo que una postura intermedia puede ensayarse desde la creación pretoriana, matizando posturas extremistas para alcanzar un criterio respetuoso de la dignidad humana en el plano bioético, pero no desentendido de lo que acontece en la realidad.

La reproducción humana asistida *post mortem* es un supuesto especial de reproducción asistida que se realiza después de la muerte de uno de los miembros de la pareja.⁷ La técnica plantea límites entre la ética y la ciencia que pueden resultar algo difusos, y es por esa razón que la problemática demanda su regulación.

Dice Salituri Amezcua que, en relación con los sujetos, la doctrina ha identificado tres supuestos: 1) que el miembro supérstite de la pareja o matrimonio (heterosexual o del mismo sexo) sea mujer, ya que en tal caso en su cuerpo se realizará la fertilización *post mortem*; 2) que el que sobrevive sea el varón, lo que implicaría recurrir a la gestación por sustitución; y 3) que ambos fallezcan, lo que también implicará la realización de la gestación por sustitución.⁸

La técnica puede presentar tres modalidades, ya que puede realizarse con un embrión criopreservado de la pareja, generado durante la vida de ambos, o bien que el embrión sea generado *post mortem* utilizando material genético criopreservado del fallecido u obtenido a través de la extracción de su cadáver.⁹

Es necesario distinguir dos supuestos: la fecundación artificial *post mortem*, que corresponde al método de inseminación artificial, y la transferencia embrionaria *post mortem*. El primer supuesto implica la introducción del material genético masculino del varón fallecido en los órganos genitales femeninos. El segundo abarca la transferencia a la mujer de embriones que han sido obtenidos previamente mediante fecundación *in vitro*, siendo esta fecundación previa al fallecimiento del varón, por lo que técnicamente la fecundación no habría sido *post mortem*.

Resulta importante diferenciar estos dos supuestos para entender que terminológicamente, referirse a la fecundación *post mortem* no es lo más correcto para abarcar ambos casos, sino que un término más apropiado es el de reproducción artificial *post mortem*.

⁷ María Martina Salituri Amezcua, “Jurisprudencia argentina en materia de fertilización *post mortem*”, *DELS*, disponible en <https://www.salud.gov.ar/dels>.

⁸ Salituri Amezcua, “Jurisprudencia argentina en materia de fertilización *post mortem*”.

⁹ Salituri Amezcua, “Jurisprudencia argentina en materia de fertilización *post mortem*”.

Estos supuestos de hecho que brinda la biotecnología interpelan al Derecho, que puede adoptar diferentes posturas frente a la problemática: 1) su permisión expresa y la regulación de las condiciones de su realización y sus efectos (España, Bélgica, Reino Unido, Israel, Grecia); 2) su prohibición expresa (Francia, Alemania, Italia, Portugal), y 3) el silencio jurídico –este es el caso de la Argentina–.¹⁰

Superar las actuales carencias y vacíos legales que adolecen de toda precisión reducirá las posibilidades de interpretaciones diversas, conflictos y problemas en la solución del caso concreto.

III. La laguna jurídica y el inevitable rol del juez que legisla para el caso concreto

Como se viene sosteniendo, el procedimiento no está regulado en el Código Civil y Comercial; no está expresamente permitido ni explícitamente prohibido. Por ello, la justicia debe inexorablemente expedirse a solicitud de parte cuando la cuestión se judicializa, como en cualquier otro caso no legislado, en cumplimiento de la norma que subraya que todos los casos deben ser resueltos. En la práctica, los casos se judicializan y las soluciones recorren todos los extremos; algunas suelen encontrar acogida favorable, mientras otras culminan en rechazo, pero todas dependen del criterio del juez y de eventuales apelaciones.

En otras oportunidades, sostuve que el vacío legal resulta inconcebible.¹¹ Sin realizar ningún juicio de valor sobre la realización de las prácticas, surge una primigenia afirmación: queramos o no, tanto la gestación por sustitución como las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* existen, se llevan a cabo en el país cada vez con mayor frecuencia, independientemente de la existencia de dilemas morales o éticos. Existen. Y como toda situación fáctica que existe en el plano de la realidad, demanda una respuesta normativa con su inescindible valoración dikelógica; jurídica que encuentra su horizonte en la Filosofía Jurídica misma y que involucra al menos la circunstancia de

¹⁰ Salituri Amezcua, “Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem”.

¹¹ Véase Carril, “Maternidad subrogada: un vacío legal inconcebible”.

pensar la problemática desde el trialismo jurídico¹² o la teoría egológica cossiana¹³, ambos horizontes hermenéuticos a los que adhiero.

Así es que, independientemente de su aspecto axiológico, la realidad no puede resultarle ajena al legislador. Negar que deba regularse es querer tapar con un dedo el sol.

La judicialización es la inevitable respuesta a lo que sucede en la realidad y no está previsto en la norma. Así, la circunstancia queda atrapada en un limbo jurídico que deja todo en manos del juez. El juez, cuya función natural es ser intérprete de la ley para el caso concreto, más que interpretarla, debe crearla. Es sabido que los jueces no pueden excusarse para resolver situaciones concretas que arriban a los estrados judiciales con el pretexto de la existencia de lagunas en el derecho. Así, surge un inequívoco rol del juez que legisla para el caso concreto y que construye, desde el precedente judicial, la solución para el problema que se le presenta a resolución. Ya no nos encontramos ante un juez que cocrea el derecho junto al legislador para el caso concreto. El órgano jurisdiccional asume un rol netamente legislativo.

Las leyes deben ser normas genéricas, abstractas y amplias para que de algún modo las situaciones particulares resulten permeables en sus previsiones y con ello lograr justicia y equidad para el caso concreto. Por ello, hay un delgado límite en las funciones que asume el Poder Judicial en este tipo de casos, que podría leerse como un cuestionamiento al sistema de división de poderes y de pesos y contrapesos –que hemos heredado de Montesquieu–, esencialmente propio de nuestro sistema republicano de gobierno.

Parafraseando a De Vita, no es tan simple el camino que se transita con la consigna de que “lo que no está prohibido sí está habilitado”, porque al no haber un marco normativo, en definitiva, resta equidad y garantías.¹⁴

¹² El Trialismo o Teoría trialista del mundo jurídico es una teoría jurídica elaborada por Werner Goldschmidt que sostiene que el fenómeno jurídico es una totalidad compleja y propone su estudio mediante el análisis de los tres grandes elementos que lo integran: hechos, normas y valores. Las conductas son comportamientos humanos, las normas son descripciones y captaciones lógicas de las conductas, y el valor justicia se realiza en el mundo jurídico a través de los hombres permitiéndonos valorar las conductas y las normas.

¹³ Desde el prisma iusfilosófico que aporta la teoría cossiana al campo de la hermenéutica jurídica, se extrae que a determinado antecedente de hecho, corresponde una determinada consecuencia jurídica. Sin ahondar demasiado en la tesis, se distinguen tres aspectos en la actividad interpretativa que inevitablemente queda subsumida en la teoría de la argumentación: aspecto sociológico, aspecto normológico y aspecto dikelógico.

¹⁴ Verónica De Vita, "Sustitución de vientres: vacío legal y cinco fallos a favor," *Diario Los Andes*, 28 de noviembre de 2018, disponible en www.losandes.com.ar/sociedad.

Según Sanders Bruletti, la justificación de que lo no prohibido está permitido solo analíticamente cierra el sistema normativo a nivel teórico, pero no satisface como explicación para fundamentar la aprobación de la conducta positiva de práctica de la técnica.¹⁵ Dice la citada autora que es una lectura simplista que no tiene en cuenta la totalidad del ordenamiento.

No puede desconocerse la existencia de lagunas en el derecho, como tampoco su falta de plenitud y de coherencia. Lo que resulta un tanto inexcusable, inentendible e inconcebible es que, pudiendo hacerlo, el legislador voluntariamente no lo previó. Algunas lagunas jurídicas responden a omisiones involuntarias o a situaciones sobrevinientes que no podían preverse y que, como tales, se presentan ante un marco normativo que les resulta inadecuado debido a la rápida mutabilidad natural de los acontecimientos, que resulta casi imposible de adaptar normativamente de manera instantánea. Sin embargo, la situación bajo examen poco tiene que ver con esas particularidades. La omisión en que incurrió el legislador resulta voluntaria y, si bien pueden argüirse razones al respecto, lo cierto es que sigue aconteciendo la situación fáctica que la norma no quiso consagrar normativamente.

IV. El derecho a la voluntad procreacional y el consentimiento presunto

El derecho a la voluntad procreacional está receptado por la Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación prevé un sistema autónomo de filiación aplicable a las tecnologías reproductivas, los casos *post mortem*, como se señaló anteriormente, no han sido regulados.¹⁶ En los últimos años se han emitido sentencias que han autorizado la realización de técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*, basando esa autorización en el reconocimiento de un presunto consentimiento de la persona fallecida. Sin embargo, estos casos no lograron una construcción conceptual clara y precisa al

¹⁵ Miriam Magdalena Sanders Bruletti, "La maternidad subrogada en la legislación argentina. Una mirada bioética," *Microjuris*, 1 de junio de 2018, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/01/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacion-argentina-una-mirada-bioetica/>.

¹⁶ Leonardo Geri, "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina," *Revista de Bioética y Derecho* (2019), p. 150, Versión On-line ISSN 1886-5887, disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000200010.

respecto, con la consecuente inseguridad jurídica en torno a la filiación de las personas nacidas por esta técnica.¹⁷

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la filiación *post mortem*, pero, luego del debate parlamentario, la figura fue suprimida. Como señala Geri, el proyecto de artículo era sumamente restrictivo, ya que no admitía el consentimiento presunto.¹⁸

Pese al vacío legal, la demanda social no ha cesado y, con la inevitable judicialización, se han dictado algunas sentencias favorables a este tipo de técnicas. El denominador común es la ausencia de un consentimiento específico otorgado por el difunto. Como dice Alexy, en Argentina la voluntad procreacional materializada en un consentimiento informado legitima la realización del acto médico y también determina el vínculo filial entre los usuarios de las técnicas de reproducción humana asistida y el nacido.¹⁹

El consentimiento es un acto jurídico que, en el ámbito de las tecnologías reproductivas, requiere ser exteriorizado por escrito.²⁰ La norma proyectada sobre filiación *post mortem* –que finalmente no tuvo consagración positiva– establecía como requisito *sine qua non* el consentimiento expreso del difunto. Dice Geri que la importancia del elemento volitivo persiste también en la reproducción *post mortem*.²¹

Aún no se han consagrado respuestas legislativas al planteo que traemos a colación: ¿Se puede razonablemente presumir el consentimiento a una reproducción humana asistida *post mortem*?

La ausencia de una previsión normativa al respecto, máxime cuando existe una norma proyectada que finalmente no se transformó en derecho positivo vigente, nos conduce a señalar que al menos existen dos tesis hermenéuticas contrapuestas a las que se arriban luego de una inicial deducción. Una de ellas es que el legislador omitió su expresa consagración porque casualmente no quiso autorizar este tipo de técnicas de reproducción humana, pues –de haberlo así querido– pudo haberla regulado y no lo hizo. La otra hipótesis recepta una interpretación contrapuesta por la que cabría concluir que, si el

¹⁷ Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 150.

¹⁸ Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 151.

¹⁹ Robert Alexy, "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", trad. A. García Figueroa, Parlamento y Constitución, Anuario 16 (2014). https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/recursos/articulos/PyC16_Alexy_Dignidad.pdf

²⁰ Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 151.

²¹ Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 151.

legislador omitió su expresa prohibición, es porque ese silencio puede entenderse como autorización a la luz del precepto constitucional según el que lo que no está prohibido, está expresamente permitido.

Sobre esta última construcción conceptual se han asentado varias sentencias judiciales para autorizar la aplicabilidad *post mortem* de las técnicas de reproducción humana asistida en casos complejizados por la falta de un consentimiento *ad hoc*. Salvo alguna excepción, la mayoría de las decisiones ha reconocido la virtualidad del consentimiento presunto en casos de gametos y de embriones crioconservados.²²

Más allá de las tesis señaladas, y de su aplicabilidad en el campo del derecho y en el caso concreto, lo único cierto es que, la laguna jurídica, como toda laguna –claro está–, lo único que ineludiblemente genera son los avatares propios de la inseguridad jurídica que habrá que sortear. Comulgamos con la postura de Geri en orden a que:

[I]a aceptación del consentimiento presunto reclama asumir una premisa básica, que es a la vez su fundamento: un tratamiento de reproducción asistida no se agota instantáneamente en un único acto, sino que configura un proceso no siempre breve, lo que depende del éxito de la técnica aplicada y también de otras circunstancias externas. De este modo, no se trata de presumir el consentimiento al inicio post mortem de un tratamiento reproductivo, sino a su culminación. Así, se tutela el legítimo derecho a fundar una familia de la persona sobreviviente conforme a las expectativas reproductivas ínsitas al proyecto parental originariamente consentido por ambas partes.²³

V. Breve reseña de algunos casos que han ido delineando la jurisprudencia argentina

En este apartado, nos limitaremos a referenciar brevemente algunos casos que llegaron a los estrados judiciales, que son una muestra clara y cabal de que la realidad empírica demanda una respuesta normativa, y que han ido delineando de manera inevitable criterios de la jurisprudencia reciente.

A. Tribunal de Familia de Morón Nro.º 3, G.A.P. s/ autorización, 21/11/2011

El caso se enmarcó en una acción declarativa de certeza iniciada por una mujer que pretendía seguir adelante con un tratamiento de fertilización iniciado con su marido (en vida de ambos), utilizando los gametos masculinos crioconservados de este, luego de su prematura muerte a raíz de un cáncer. El centro de fertilidad se negaba a proseguir el

²² Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 153.

²³ Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 155.

tratamiento previsto. El Tribunal resolvió favorablemente a la solicitud de la actora y autorizó la utilización del semen criopreservado. Los argumentos se basaron en la aplicación del principio de legalidad y reserva, en tanto no existe regla que prohíba expresamente la técnica; el derecho a la salud reproductiva; el derecho a la protección familiar y a la autodeterminación del plan de vida en tanto la actora solicitó continuar el proyecto familiar que se había comenzado a construir en vida de ambos cónyuges; la existencia de consentimiento expreso del marido de crioconservar su esperma para realizar la técnica de reproducción humana asistida y de consentimiento presunto en cuanto a la fecundación *post mortem* específicamente.

B. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, S.M.C. s/ medida autosatisfactiva, 7/08/2014

La actora había solicitado autorización para someterse a una técnica de reproducción humana asistida con los gametos de su esposo fallecido, cuya extracción había sido autorizada judicialmente con anterioridad. En contra de la sentencia que rechazó su pedido, interpuso recurso de apelación que resolvió revocar la resolución impugnada, autorizando la utilización de los gametos extraídos. Se fundó en el principio de legalidad del artículo 19 de la Constitución Nacional, la garantía legal de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (Ley Nacional Nro. 26.862) y la aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”. Sobre la falta de consentimiento del difunto, sostuvo que existía una autorización judicial firme que dispuso la extracción de esperma y que se practicó con anterioridad a la fecha de publicación del Decreto Nro. 956/2013, reglamentario de la Ley Nro. 26.862, por lo que el artículo 8° sobre la necesidad de consentimiento previo (llama la atención la referencia a una norma relativa al donante de gametos) no es aplicable por el principio de irretroactividad de la ley. Finalmente, sostuvo que el niño que eventualmente pudiera nacer no alcanzaría a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiende al momento de la muerte del causante.

C. Juzgado Nacional en lo Civil N° 3, K. J. V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo, 3/11/2014

Los hechos del caso refieren a que el hombre de una pareja decidió criopreservar su semen en un centro de fertilidad con el objetivo de procrear, al haber sido previamente diagnosticado con cáncer. Un año después de su muerte, la mujer promovió un amparo solicitando autorización para retirar el semen crioconservado, con la finalidad de

realizarse una técnica de reproducción humana asistida, y que se ordene a la obra social cubrir la práctica. La primera instancia admitió el amparo. Se basó en el artículo 19 de la Constitución Nacional; en el fallo del Tribunal mendocino comentado anteriormente; en la exégesis de la Ley Nro. 26.862 que contempla de manera integral todo tipo de práctica relacionada con la asistencia médica para la consecución del embarazo, incluida la fecundación *post mortem*; en la aplicación del derecho convencional de los derechos humanos, especialmente los estándares del caso “Artavia Murillo”, y en la existencia de la voluntad presunta del fallecido para que sus gametos fueran utilizados por su conviviente después de su muerte. En segunda instancia, la Sala H de la Cámara Nacional confirmó la decisión del a quo autorizando a J.V.K. a someterse a una técnica de reproducción humana asistida con los gametos criopreservados por su difunto conviviente y condenó a la obra social a brindar cobertura integral del 100%.

**D. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería
Nº 4 de Santa Rosa-La Pampa, A.C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-
Sempres/ amparo, 30/12/2015**

La causa trató de una pareja que tenía seis embriones criopreservados (con semen propio y óvulos de donante anónimo) con el propósito de lograr un embarazo. Ante la muerte imprevista del varón, la mujer dedujo un amparo contra la obra social para que se la condene a otorgarle la cobertura integral de la fecundación *post mortem* y se autorice su realización. La petición tuvo favorable procedencia. Los argumentos consistieron en el principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional; que la transferencia *post mortem* de embriones no merece mayores reparos de parte de quienes sustentan incluso una postura contraria a la fecundación *post mortem*, presentándose como un supuesto en el que no hay controversia doctrinaria ni judicial; la existencia de una tendencia en la jurisprudencia argentina proclive a posibilitar la fecundación *post mortem*; la aplicación de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente de los casos “Artavia Murillo”, sobre comienzo de la existencia de la persona, y “Fornerón vs. Argentina”, en materia de protección de la familia monoparental; y la aplicación de la Ley Nro. 26.862 de acceso integral ya que, si bien el supuesto no está expresamente contemplado, eso no significa que esté excluido y, menos aún, prohibido. En cuanto al consentimiento del fallecido entendió que no existían razones para dudar de la voluntad procreacional expresada por el varón cuarenta y nueve días antes de fallecer imprevistamente.

E. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil- Sala B, D., M. H. y otros s/ autorización, 03/04/2018

El supuesto de hecho del caso concreto fue que el varón de una pareja que recibió un diagnóstico de cáncer decidió criopreservar sus gametos, debido a que el tratamiento de quimioterapia le iba a producir esterilidad. Esos gametos fueron depositados en la clínica de fertilidad por su padre el 04/04/2015, alegando una representación como “tutor”. El varón falleció el 24/07/2015 sin que se realizara la fecundación. La conviviente criopreservó ovocitos recién con posterioridad al fallecimiento de quien fuera su pareja y se presentó en sede judicial a solicitar la autorización para utilizar los gametos del fallecido, presentación que fuera acompañada por los padres de fallecido. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión y la Cámara confirmó esa decisión. Las aristas en que se basó el fallo fueron: que el consentimiento informado no puede presumirse en esos casos por ser un acto personalísimo; se descartó toda posibilidad de “representación” por parte del padre del fallecido; contempló que no se verificaba un consentimiento “tácito”, máxime que el formulario de depósito de los gametos contemplaba la eliminación de estos en caso de incapacidad o fallecimiento; y la centralidad del principio de la “voluntad procreacional”.

F. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro.º 7, C., E. s/autorización judicial, 05/02/2020

En este caso, una pareja, ante la imposibilidad de concebir, recurrió al depósito de semen en un instituto de fertilización y celebraron un instrumento similar a la figura del contrato de adhesión. Ante la muerte del hombre, su conviviente inicia las acciones judiciales necesarias para llevar adelante una fecundación *post mortem*. La magistrada interviniente entendió que, si bien la técnica no se encuentra prohibida en el derecho argentino, deben concurrir tres requisitos para su autorización: El primero de ellos se relaciona con el consentimiento informado en forma expresa y libre, el segundo con la voluntad procreacional debidamente manifestada y el plazo. El fallo expresa que el consentimiento informado resulta fundamental a la hora de llevar adelante una técnica de reproducción humana asistida por acto entre vivos, por lo que aún más debe exigirse en un caso *post mortem* por las consecuencias que implica. Que estas exigencias tienen por finalidad proteger los derechos personalísimos de los interesados, entendiéndose como aquellos que “están íntimamente ligados con la persona y que son, por su naturaleza, inherentes a ella y su dignidad a la vez que intrasmisibles”. Se argumenta en el decisorio

que no existe ningún elemento que demuestre un consentimiento informado expreso siquiera para realizar una técnica de reproducción humana asistida, ya que solo obra un formulario de adhesión suscripto por las partes, no equivaliendo a un consentimiento en los términos exigidos por el Código Civil y Comercial. Concluye que el elemento volitivo es otro de los factores determinantes, íntimamente ligado al consentimiento informado; y que no puede suplirse recurriendo a la figura de una presunción.

VI. Posibles criterios en que deberá enmarcarse la regulación del presunto consentimiento

El marco regulatorio sobre reproducción humana asistida *post mortem*, que demanda la realidad empírica, debería estructurarse sobre parámetros o criterios esenciales que contemplen los siguientes puntos:

1. Asumir la premisa básica en la materia, que es a la vez fundamento de esta, y que importa afirmar que un tratamiento de reproducción asistida no se agota instantáneamente en un único acto, sino que configura un proceso que en la mayoría de los casos no es breve.²⁴

2. Considerar que el bien jurídico protegido es el legítimo derecho humano a fundar una familia de la persona sobreviviente, conforme a las expectativas reproductivas ínsitas al proyecto parental originariamente consentido por ambas partes.²⁵

3. Establecer una simetría normativa entre reproducción y filiación *post mortem*. Recuerda Geri que “el art. 563 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la ‘filiación *post mortem*’, y suscitaba dudas acerca de si podría practicarse una técnica de estas características pese al incumplimiento de los requisitos legales, que solo serían necesarios para la determinación de la filiación”.²⁶

4. Contemplar un tipo abierto, o al menos prever que la regulación positiva pueda abarcar o en ella puedan subsumirse los diversos supuestos de hecho derivados de la multiplicidad de modelos familiares posibles. Además del supuesto heteroparental, en cuyo transcurso fallece el varón y la mujer pretende continuar el proceso reproductivo, la

²⁴ Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 155.

²⁵ Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 155.

²⁶ Geri, “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción”, p. 155 -156.

eventual norma también debería aplicar al supuesto homoparental y a otras estructuras familiares que no se autoperceben encasilladas en esa clasificación.²⁷

5. Proyectar supuestos de hecho complejos como aquellos en los que la persona sobreviviente no posee capacidad gestacional, puesto que en este caso el recurso a la gestación por sustitución sería inevitable.²⁸

6. Estructurar el consentimiento presunto con carácter *iuris tantum*. Esto implicaría la delimitación de extremos y supuestos de hecho cuya concreción importaría sostener la presunción. Como dice Salvat, se trata de que la ley, a partir de cierto hecho, estatuya una regla jurídica determinada.²⁹ La presunción debería operar *ipso iure*, sin necesidad de tener que reconstruir la voluntad del fallecido. Esta calificación importa desde luego que la presunción puede ser desvirtuada, pues esa es la posibilidad que la categoría conceptual encuentra, en tanto no se presumiría *iure et de iure* el consentimiento del premuerto. Habrá que contemplar también algunos supuestos complejos que podrían presentarse como el hecho de que pueda presumirse un consentimiento adverso a la técnica por parte del fallecido y exista un interés contrapuesto de la mujer a la realización de esta.

7. Determinar en la regulación positiva si la validez del consentimiento presunto será o no excepcional. Si se asume el criterio de excepcionalidad, la norma general debería exigir el consentimiento expreso a la reproducción *post mortem*. Para el segundo supuesto, la regla sería la inversa, de manera tal que siempre se presumirá el consentimiento, salvo expresa oposición. Este último es el principio que rige para el caso de actos de disposición de órganos y de materiales anatómicos cadavéricos en Argentina, conforme las previsiones del art. 33 de la ley 27.447. Adhiero a la postura de Geri:

No existe una justificación de fondo para trasplantar esta regla al ámbito de las tecnologías reproductivas, dado que no median las razones de solidaridad social propias de las donaciones de órganos (...) Por el contrario, la extracción cadavérica de gametos favorece solo al otro integrante del proyecto parental (...) la legalidad de la reproducción post mortem debería ser en sí misma excepcional, porque implicaría que la persona haya anticipado su voluntad. Mucho más excepcional sería la flexibilización del consentimiento.³⁰

8. Distinguir la exigencia del consentimiento expreso como principio para las variantes de extracción cadavérica y uso de gametos crioconservados.

²⁷ Geri, "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción", p. 156.

²⁸ Geri, "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción", p. 156.

²⁹ Raymundo M. Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, 10ª ed. (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954).

³⁰ Geri, "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción", p. 159 -160.

9. Determinar como regla la excepcionalidad de la admisión del consentimiento presunto y ceñir esa excepcionalidad solo al supuesto transferencia *post mortem* de embriones criopreservados al tiempo de la muerte. La existencia de embriones criopreservados es un dato objetivo, concreto y contundente que importa un fuerte indicio de la voluntad procreacional del fallecido en reconocimiento al proyecto parental. En ese caso es posible determinar la filiación basada en esa presunción.

10. Delimitar una línea temporal que establezca un límite máximo para la realización de la técnica, en aras de la seguridad jurídica.

VII. Conclusión

En la República Argentina no existe ley que consagre expresamente la posibilidad de llevar a cabo técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*. El código velezano no pudo contemplarla porque no era posible en el imaginario siquiera pensar en la posibilidad; y los proyectos que se ensayaron no prosperaron. El debate parlamentario en oportunidad de discutir el articulado del nuevo código de fondo tampoco fue exitoso al respecto. Existe una decisión legislativa de excluir deliberadamente las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*.

Si bien el tema no está legislado, ello no es óbice para afirmar su existencia ni sus implicancias y consecuencias que impactan en la realidad. Normativamente, no están previstas las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*, pero en el plano fáctico existen, con la inevitable consecuencia de su judicialización. Las soluciones para el caso concreto se ensayan en los estrados judiciales y las sentencias se fundan en otras anteriores, algunas veces con remisión a jurisprudencia extranjera. De tal modo, los hechos y las pretensiones argumentales plantean grandes novedades y desafíos judiciales.

La construcción del caso particular es necesariamente pretoriana y demanda a futuro una respuesta del sistema normativo. La posibilidad de concretar la técnica de reproducción humana asistida *post mortem* no está permitida expresamente, ni explícitamente prohibida. La Justicia debe expedirse a solicitud de parte como todo caso no legislado, en cumplimiento de la norma que versa que todos los casos deben ser resueltos.

La eventual regulación argentina de la reproducción *post mortem* debería admitir excepcionalmente la presunción *iuris tantum* del consentimiento de la persona fallecida a

las transferencias de los embriones generados con su material genético y criopreservados al tiempo de la muerte.

Admitir el consentimiento presunto solo en los casos de embriones criopreservados significa aceptar la idea de que la transferencia embrionaria *post mortem* no es sino la culminación del proceso de procreación asistida. Se trata de asumir la complementariedad técnica entre la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones.

La problemática seguirá despertando debates éticos y morales, y demandará una discusión abierta y plural. Necesariamente requerirá de inusitada prudencia para construir un orden normativo adecuado, que recepte la cuestión fáctica insoslayable, pero en un marco bioético de respeto por la vida y la dignidad humana.

La única certeza que hay en la materia es que la disparidad de criterios deja a quienes desean llevar adelante estas prácticas en una situación de desamparo e indefensión, ya que ni siquiera puede establecerse una línea jurisprudencial clara sobre en qué supuestos sería viable realizar una fecundación *post mortem*. No debemos olvidarnos de que estamos ante circunstancias complejas, ya que quienes solicitan la autorización judicial son personas que han perdido recientemente a un ser querido con el cual añoraban llevar adelante un proyecto de vida compartido, con todos los anhelos, sueños y expectativas que ello conlleva.

¿Cuánto tiempo más es posible mantener el silencio de la norma frente a esta insistente realidad?

Bibliografía

- Alexy, Robert. "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad." Traducido por A. García Figueroa. *Parlamento y Constitución. Anuario* 16 (2014): 9-28.
- Alza Barco, Carlos. 1995. "El concebido *in-vitro post mortem* y sus derechos sucesorios". *Derecho & Sociedad*, Nro.º 10 (noviembre 1995), 28-41. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14306>.
- Carril, María Paula. "Maternidad subrogada: un vacío legal inconcebible". *Difusiones* 21, Nro.º 21 (diciembre 2021): 22-34. <http://revistas.ucse.edu.ar/ojsucse/index.php/difusiones/article/view/388>.

De Vita, Verónica. "Sustitución de vientres: vacío legal y cinco fallos a favor." *Diario Los Andes*, 28 de noviembre de 2018. Disponible en www.losandes.com.ar/sociedad.

Geri, Leonardo. "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina." *Revista de Bioética y Derecho* (2019). Versión On-line ISSN 1886-5887. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000200010..

Salituri Amezcua, María Martina, "*Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem*", DELS, publicado: 03/2017, disponible en <https://www.salud.gob.ar/dels>

Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*. 10ª ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954.

Sanders Bruletti, Miriam Magdalena. "La maternidad subrogada en la legislación argentina. Una mirada bioética". *Microjuris*, 1 de junio de 2018. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/01/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacion-argentina-una-mirada-bioetica/>