

Fertilización post mortem: una práctica especial, fehaciente y postergada



Luisella M. Abelleiro

Los actos y los gestos, los deseos organizados y realizados, crean la ilusión de un núcleo de género interior y organizador, ilusión preservada mediante el discurso con el propósito de regular la sexualidad dentro del marco obligatorio de la heterosexualidad reproductiva.

Judith Butler, "El género en disputa"

Introducción

Tras los avances tecnológicos acontecidos desde mediados del siglo XX, la biotecnológica se convirtió en un agente clave para la humanidad y con ella la bioética tomo gran relevancia por ser la encargada de establecer los principios rectores para la conducta del ser humano respecto a la vida humana, animal, vegetal, y su especial relación con el derecho.

Es dable destacar en primera instancia que dentro de la biotecnología encontramos a las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales permiten criopreservar embriones y/o material genético de las parejas o personas por tiempos prolongados, siendo procedimientos que pueden reemplazar o ayudar en el proceso natural de reproducción.

Tras lo mencionado, podríamos afirmar que las técnicas de reproducción humana asistida permiten la paternidad o maternidad de personas que por diversos motivos no pueden serlo de manera natural: la esterilidad, la edad avanzada, la monoparentalidad, la homoparentalidad, la gestación por sustitución, entre otras. De este modo, ellas son el reflejo del fin de la familia tradicional permitiendo poner en tela de juicio los patrones históricamente arraigados (como, por ejemplo, un matrimonio religioso heterosexual para gestar hijos matrimoniales), separando el ejercicio de la sexualidad del hecho de la reproducción humana. De esta manera, originaron el surgimiento de una nueva realidad –que no son nuevas, sino estaban omitidas, silenciadas o negadas– de los modelos alternativos de familias en forma plural.

En lo referido al presente trabajo, nos proponemos analizar el peculiar caso de la fertilización *post mortem* en Argentina. Para ello definiremos a esta como un método especial de técnica de reproducción humana asistida, la cual se produce a raíz de la muerte de la pareja de la persona que va a dar a luz, ya sea cónyuge o conviviente.

En concordancia con lo explicitado, consideramos que es de gran relevancia el desarrollo de este supuesto, debido a que el mismo no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual este tipo de casos se ve obligado a resolverse por la vía judicial, encontrándose sujeto a la volatilidad interpretativa del magistrado en torno al tema, debido a que, a la luz de nuestra Constitución Nacional, precisamente del artículo 19, se puede interpretar que “todo aquello que no está prohibido está permitido”. Pero la pregunta que correspondería hacernos es, entonces, ante qué circunstancia se puede permitir en la Argentina el desarrollo de técnicas de reproducción humana asistida bajo la modalidad de fertilización *post mortem*.

Técnicas de reproducción humana asistida como un tercer tipo filial

Antes de comenzar el análisis específico de la fertilización *post mortem*, es necesario remitirnos a la importancia de las técnicas de reproducción humana asistida, debido a que estas dan fundamento al mencionado supuesto especial.

Como bien sabemos, el Código Civil y Comercial ha incorporado a las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial, teniendo como requisito la voluntad procreacional exteriorizada en el consentimiento informado, previo y libre, permitiendo la distinción entre lo genético, biológico y volitivo. De tal manera, los derechos y deberes que genera este tipo de filiación recaerán en quien o quienes hubieran exteriorizado la voluntad procreacional a través del consentimiento previsto por el artículo 560 del CCYCN,¹ el cual debe ser, como mencionamos, previo, informado, libre y tendrá que renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

¹ Krasnow, A. N. (2017). La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 32, 187.

Por su parte, corresponde mencionar que la voluntad procreacional es el eje de la determinación filial en caso de técnicas de reproducción humana asistida permitiendo que se utilice en la práctica médica material genético tanto de un tercero como de la propia pareja. Es decir, consecuentemente, en la filiación derivada de estas técnicas, el vínculo se funda en el elemento volitivo; lo que, a su vez, hace que sea diferente su determinación y el régimen de impugnación de la filiación del niño o niña. Mientras que en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico (material genético), en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida lo funda la falta del elemento volitivo, es decir, de la voluntad exteriorizada y el deseo de las partes por formar una familia.²

Es por ello que debemos tener en cuenta que, en presencia de cualquier tipo de técnica de reproducción humana asistida, es fundamental la “voluntad procreacional”, entendiéndola como “el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas”,³ la cual se exteriorizara a través del “consentimiento informado”.

Fertilización *post mortem*: a propósito de un presupuesto especial de técnica de reproducción humana asistida

Tras la exposición de conceptos primordiales que operarán a modo de presupuesto al tratar la relevancia de este trabajo, es necesario establecer que la fertilización *post mortem* es, como indicamos precedentemente, un tipo de técnica de reproducción que tiene lugar ante la especial situación en la que uno de los cónyuges o convivientes fallece –generalmente– durante el proceso de realización de estas técnicas.

Primeramente, corresponde aclarar que no existe una sola forma de realizar una fertilización *post mortem*, sino, por el contrario, esta situación se puede dar frente a tres supuestos, ya sea mediante la utilización de gametos, de embriones o a través de la extracción compulsiva de material genético del fallecido repentinamente. En otras palabras, pueden dar lugar a los supuestos las siguientes situaciones: “a) persona que se insemina con material genético del o la cónyuge o conviviente fallecido durante el tratamiento de reproducción asistida; b) persona que se implanta con embrión oportunamente criopreservado con la conformidad del o la cónyuge o conviviente fallecido durante el tratamiento de reproducción asistida, y c) cónyuge o conviviente que fallece repentinamente y la superviviente solicita la extracción de material genético para un futuro tratamiento de reproducción asistida”.⁴

De este modo, podríamos afirmar que la fertilización *post mortem* presupone tanto la utilización y goce de los derechos reproductivos como la concepción de familia en circunstancias excepcionales, como, por ejemplo, es el caso de la homoparentalidad y monoparentalidad. Asimismo, es menester mencionar que en la mayoría de los supuestos jurisprudenciales de la República Argentina la decisión de llevar a cabo

2 Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, Universidad de Barcelona, 24, 76-91.

3 Gil Domínguez, A. (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico* (p. 13). Buenos Aires: Ediar.

4 Herrera, M.; De la Torre, N. y Fernández, S. (2015). *Manual Derecho de las Familias* (p. 348). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

esta técnica se encuentra a cargo de una mujer que decide ser madre posteriormente de que su pareja hubiese fallecido, implicando de este modo que también se trata de una cuestión de género.

El problema de la desregulación de la fertilización *post mortem* en Argentina

En razón a lo explicitado en el apartado precedente sobre el supuesto de nuestro trabajo, no podemos dejar de mencionar que, ante la posibilidad de prohibir, receptar o silenciar la fertilización *post mortem*, el ordenamiento jurídico argentino actualmente omitió todo tratamiento legislativo. Este silencio implica incertidumbre, imprevisibilidad e inseguridad jurídica debido a la discrecionalidad del magistrado de turno que deberá resolver a este respecto.

Primeramente, y a modo introductorio, es necesario mencionar que en nuestra carta magna –reguladora máxima del Estado federal argentino– en su artículo 19 se dispone que las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. Por consiguiente, de este artículo se puede interpretar que todo lo que no está prohibido estaría permitido, y desde que hay una diferencia intrínseca entre el bien y el mal de las acciones humanas, existe una moralidad objetiva⁵ como así también una subjetiva.

Es así como estas prácticas se constatan fácticamente en el país y han dado lugar a planteamientos judiciales que generan un *strepitus fori* o escándalo jurídico, ya que las decisiones respecto de los conflictos formulados, con plataformas fácticas similares, se resuelven en sentidos contrarios. De este modo podemos reafirmar que “el silencio trae inseguridad jurídica y la prohibición un alejamiento del derecho a la realidad”.⁶

Siguiendo lo enunciado precedentemente, como problemas derivados de esta situación de desregulación, nacen otros conflictos, como lo son la necesidad o no del consentimiento expreso del premuerto, el cual, según lo expresado en la norma, debe constar de la “importancia o lugar central que ocupa la voluntad procreacional debidamente exteriorizada a través del consentimiento informado”,⁷ así como también el conflicto eminente frente a la situación filial del niño.

Ante este vacío legal, es imprescindible la necesidad de una regulación especial, ya que el silencio normativo en materia de derechos sustanciales perjudica inequívocamente a la seguridad jurídica poniendo en riesgo el derecho a la vida privada, a la salud, a la identidad, como así también los dere-

5 Sampay, A. E. (1965). *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional* (p. 16). Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

6 Iturburu, M.; Salituri Amezcua, M. y Vázquez Acatto, M. (2017). La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39), 106.

7 Herrera, M. (2017). Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida *post mortem* desde la perspectiva comparada. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39), 204.

chos relacionados a la libertad reproductiva, al consentimiento del fallecido, al niño o niña sujeto a su nacimiento con vida, y los derechos de aquellos que tengan intereses en el campo sucesorio en caso de existir herederos del premuerto.

Intento por dirimir el vacío normativo: un proyecto postergado

En virtud de lo mencionado y teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico hay un silencio respecto de la prohibición o admisión de la fertilización *post mortem*, podemos evidenciar que a lo largo de los años se ha intentado saldar esta deuda pendiente, pero sin embargo no se ha conseguido hasta la actualidad.

Si bien hay distintos proyectos, en este trabajo consideramos necesario precisar brevemente la voluntad del legislador en el artículo 563 del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Es así debido a que se trata de un suceso muy relevante que data del año 2011, momento en el cual surgieron grandes cambios y se pretendía innovar introduciendo en la agenda pública la relevancia de la constitucionalización del derecho privado y los derechos humanos.

En lo que respecta al artículo 563 del anteproyecto, no hizo caso omiso a la fertilización *post mortem*, no obstante no logró prosperar debido a las presiones políticas, especialmente por parte de la Iglesia católica.⁸

El mismo disponía que

En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si: a. la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b. la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Si bien legislar implicaba terminar con el silencio normativo y a pesar de haber sido un proyecto innovador para nuestro país, en la actualidad la voluntad del legislador al momento de fundamentar el artículo 563 del anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial presentaría diversas situaciones que considero necesario aclarar.

En primer lugar, el mencionado artículo solo hacía referencia a la fertilización *post mortem* a partir de la utilización de embriones, dejando desamparados los otros dos supuestos. En segundo lugar, cabe aclarar que el mismo habla de “muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer

8 Herrera M.; De la Torre, N. y Fernández, S. (2015). *Manual Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

que va a dar a luz” debido a que, en nuestro ordenamiento, no se encuentra regulada la gestación por sustitución, por lo cual quedan exceptuados de esta posibilidad los hombres, ya sean homosexuales o heterosexuales. En tercer lugar, en lo que respecta a los requisitos, el artículo 560 hace referencia al consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, que deberá renovarse cada vez que se utilizan embriones o gametos, lo cual nos impone como interrogante cuál es la situación de la extracción compulsiva del fallecido de modo repentino.

Esto nos permite reflexionar acerca de otro problema relevante existente en la fertilización *post mortem*, referido a la situación filial del niño por nacer, la cual puede ser entendida de formas muy diversas por no estar establecido. Con referencia al campo filial, en cuanto al derecho sucesorio, se encuentra regulada la fertilización *post mortem* en el artículo 2279, el cual dispone que pueden suceder al causante: c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561. Es decir, se puede desprender del artículo que aquellos nacidos por fertilización *post mortem* podrán suceder cuando el premuerto haya instrumentado, es decir, hubiere dado el consentimiento informado para que esto suceda.

Breves reflexiones acerca de la jurisprudencia argentina

Siguiendo lo mencionado precedentemente, nos encontramos en condiciones de afirmar que es imprescindible regular de forma cierta el modo de accionar ante la posibilidad de requerir la utilización de este tipo especial de técnica de reproducción.

En nuestro país, hasta la fecha, se originaron ocho sentencias jurisprudenciales acerca de este supuesto, las cuales sobre plataformas fácticas similares obtuvieron distintos resultados.

A rasgos generales, podemos evidenciar que en todos los casos, una vez fallecida la pareja, ya sea esposo o conviviente, la mujer con el deseo de seguir con su proyecto de vida se presenta en el centro de fertilización y es entonces cuando se le exige autorización judicial para seguir el tratamiento. Por otra parte, es dable destacar que en los ocho hitos jurisprudenciales se presentaron casos de los tres tipos de fertilización *post mortem*, a saber: cuatro de ellos con gametos (criopreservación previa al fallecimiento de material genético), dos tuvieron lugar bajo el supuesto de extracción compulsiva de material genético del premuerto (posterior a la muerte) y dos se trataron de embriones criopreservados.

Continuando con este breve análisis, creemos que debemos mencionar que es en la sentencia denominada “G.A.P S/ AUTORIZACION”⁹ donde nace el concepto de “consentimiento presunto”, entendido como la suposición de que el fallecido al encontrarse en pareja deseaba conformar una familia (contrario a lo entendido como derechos personalísimos), motivo por el cual cinco de las subsiguientes

9 Tribunal de Familia N°3 de Morón (2011) “G.A.P. s/ Autorización”.

tes resoluciones jurisprudenciales receptan de modo afirmativo el supuesto permitiendo la realización de la técnica de fertilización *post mortem*.

No obstante, con el fallo “D. M. H. Y OTROS S/AUTORIZACION”¹⁰ se produce un cambio de paradigma que debería arraigarse, ya que rechaza la utilización de este método puesto que “se debe evitar interpretaciones laxas sobre la existencia de la voluntad procreacional”.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo, hemos intentado demostrar la importancia que conlleva la fertilización *post mortem* y los inconvenientes que trae aparejados la falta de una reglamentación debido a que, a lo largo de los años, en nuestro país surgieron sentencias a este respecto que quedaron a discrecionalidad de los magistrados al momento de la resolución de los casos, pudiendo conllevar la arbitrariedad y desprotección de derechos fundamentales.

De este modo, resulta evidente la necesidad de adoptar parámetros para la realización de esta práctica, que abarquen de un modo claro el modo de proceder ante cualquiera de los tres supuestos, imponiendo límites al uso de la reproducción póstuma, basados fundamentalmente en el elemento volitivo constituido íntegramente por la voluntad procreacional; es decir, el deseo de tener un hijo, entrelazado necesariamente con el consentimiento informado; en otras palabras, la declaración de voluntad suficiente efectuada por las partes para llevar a cabo el procedimiento. Asimismo, y en concordancia con lo antedicho, es necesario que al regular se adopten plazos determinados para la realización de este método con el objetivo de proteger los intereses de todos los involucrados.

10 Juzgado Nacional Civil Nº 7 (2017), confirmado en la Cámara Nacional Civil (2018). “D.M.H. y otros s/ Autorización).