

Fertilización *post mortem*

TEDH. *Affaire Baret et Caballero c. France*, 14 de septiembre de 2023

Por Rocío Natalia Fernández¹

1. Breve introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como tercera fuente filial involucra varias cuestiones y, entre ellas, una en particular que tiene que ver con ¿qué sucede si en pleno tratamiento la pareja de quien va a gestar fallece? ¿Qué sucede con los gametos o con los embriones si los hubiera? ¿Procede la extracción compulsiva de material genético de la persona fallecida? El niño o niña que nace producto de esta técnica ¿genera un vínculo filial con la persona fallecida? ¿Qué sucede con los derechos hereditarios?

Estos son algunos de los interrogantes que se plantean al momento de abordar este supuesto que, como otros, ha quedado fuera de las reformas introducidas en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

Como se podrá ver, la problemática gira en tres situaciones fácticas posibles: 1) extracción compulsiva de material genético: el cónyuge o conviviente fallece y la pareja solicita la extracción compulsiva a los efectos de un futuro tratamiento de reproducción humana asistida; 2) la conviviente o cónyuge

¹ Abogada (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (UP). Secretaria del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Villa La Angostura. Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA).

supérstite solicita inseminarse con material genético de su pareja fallecida durante el tratamiento de fertilización; y 3) la mujer desea implantarse el embrión criopreservado con la conformidad prestada por el conviviente o cónyuge fallecido durante el tratamiento de fertilización.

El caso traído bajo análisis tiene que ver con las dos últimas situaciones.

2. Antecedentes fácticos

La cuestión puesta bajo consideración del TEDH traía aparejado el cruce entre las normas del Código de Salud Pública francés, específicamente los artículos L. 2141-2, 2141-4, 2141-9, 2141-11, 2141-11-1 y 2141-1 que refieren a las disposiciones vigentes sobre asistencia médica para la procreación; los artículos 16 y 16-8 del Código Civil francés y el artículo 8 del CEDH.

En la primera solicitud (Baret), la demandante solicitó al Centro de Estudio y Conservación de Óvulos y Espermatozoides Humanos (CECOS) en mayo de 2019 la exportación de los gametos de su marido desde un centro médico de Francia a un establecimiento sanitario español. Había mantenido una relación durante muchos años con su marido que, padeciendo un tumor cerebral, conservó su esperma antes de iniciar su tratamiento de quimioterapia a finales de 2016. Sin embargo, la muerte del marido en marzo de 2019 obstaculizó el segundo intento de inseminación.

El CECOS transmitió tardíamente su petición a la Agencia de Biomedicina. Ante la falta de respuesta de dicha Agencia, la mujer recurrió ante un juez en lo contencioso-administrativo alegando que en España solo puede realizar una AMP (procreación médicamente asistida) *post mortem* dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento de su marido, es decir, en el caso particular, hasta marzo de 2020.

Dicha petición fue rechazada tanto en primera instancia como en el tribunal superior, bajo la justificación de que no había expirado el plazo de dos meses para que la Agencia de Biomedicina tome una decisión y que, además, la peticionante no aportó argumento suficiente que evidencie la incompatibilidad de las disposiciones que prohíben la inseminación *post mortem* y la exportación de gametos depositados en Francia con el artículo 8 del CEDH.

La segunda demanda (Caballero) versa sobre un hombre que no realizó la autoconservación de gametos debido a un tratamiento médico que podría alterar su fertilidad. Sin embargo, la pareja ya estaba realizando un tratamiento AMP y conservaron cinco embriones en febrero de 2018.

Tras el nacimiento de su segundo hijo en diciembre de 2018, a raíz una fecundación *in vitro* (FIV) los cónyuges renovaron la conservación de los embriones en febrero de 2019. Tras la muerte de su marido en abril de 2019, la demandante solicitó el traslado de los embriones a un hospital de Barcelona para poder continuar con su proyecto familiar.

Para ello, recurrió ante los tribunales administrativos, pero su solicitud fue rechazada en primera instancia y luego por el Consejo de Estado por considerar principalmente que la prohibición legal de inseminación *post mortem* no socava el derecho de la peticionante al respeto de la vida privada y familiar,

máxime teniendo en cuenta que ya había concebido a dos hijos por TRHA y que la prohibición legal de exportar los gametos responde al interés general de hacer respetar la prohibición referida.

3. La sentencia del TEDH

Dada las similitudes de las denuncias realizadas por las peticionantes, el TEDH consideró analizar ambos casos como uno solo. Así, se pronunció sobre el carácter absoluto de la prohibición de la procreación *post mortem* en el derecho francés, que impide no solo la aplicación de tal práctica en Francia, sino también la exportación de gametos y/o embriones (*post mortem*) e inseminación *post mortem* (gestación *post mortem*) en el extranjero.

La sentencia del TEDH deja algunas líneas contundentes y que justifican –en principio– la autorización de llevar a cabo este tipo de prácticas. Sus más importantes argumentos son 1) que la solicitud de AMP *post mortem* puede analizarse como la continuación de un proyecto de la relación parental que ya se materializó a pesar de la muerte del hombre; 2) que abrir la AMP a mujeres solteras haría difícil justificar el rechazo de las AMP *post mortem* a alguien cuyo cónyuge acaba de morir mientras se conservaron los embriones o gametos de la pareja; y 3) ¿No es preferible que el NNyA provenga de una AMP *post mortem*, lo cual le permitirá tener ascendencia bilineal y registrarse en doble linaje para crear vínculos con su familia paterna y conocer la historia y la identidad de su padre, antes que de una donación anónima de gametos? (TEDH, 2023, párr. 29).

Este último punto evidenció una gran contradicción, que describe como a una persona que se le deniega llevar adelante una práctica de fertilización *post mortem*, nada le impide por otro medio acceder a una práctica de TRHA con material genético aportado por un tercero.

Sin perjuicio de ello, el TEDH menciona que la prohibición de la procreación *post mortem*, implícita aquí, resulta de la mención del proyecto parental de la pareja; sin embargo, hay que ponerlo en perspectiva con las opciones que se ofrecen al miembro superviviente de la pareja en caso de muerte del otro (TEDH, 2023, párr. 75).

En ese sentido, el artículo L. 2141-4 dispone que sus embriones sean recibidos por otra pareja en las condiciones previstas en la norma; que sean objeto de investigación; que las células derivadas de ellos entren en una preparación de terapia celular con fines exclusivamente terapéuticos; que se ponga fin a la conservación de sus embriones.

Es así que el TEDH consideró que la solicitud de exportación tiene como objetivo eludir la ley francesa. Además, las demandantes no acreditaron ningún vínculo con España y no mencionaron ninguna circunstancia particular que justificara considerar que la prohibición vulneraba su derecho al respeto de la vida privada protegido por el artículo 8 del CEDH.

Asimismo, puso de resalto que las condiciones de acceso a la AMP aplicables eran las vigentes justo antes de las modificaciones introducidas por la ley del 2 de agosto de 2021 relativa a la bioética. En ese sentido, el Código de la Salud Pública de Francia, en su artículo L. 2142-2 establecía que

El hombre y la mujer que forman la pareja deben estar vivos, en edad fértil y dar consentimiento previo a la transferencia de embriones o inseminación. Son obstáculos a la inseminación o transferencia de embriones la muerte de uno de los miembros de la pareja, la presentación de una demanda de divorcio o separación legal o el cese de la comunidad de vida, así como la revocación por escrito del consentimiento por parte del hombre o mujer del médico responsable de implementar la procreación médicamente asistida.

Una vez conservados los gametos, su exportación deberá ser autorizada por la Agencia de Biomedicina. Dicha autorización se expide únicamente si

los gametos y los tejidos germinales son recolectados y destinados a ser utilizados de acuerdo con las normas de calidad y de seguridad vigentes, así como con los principios mencionados en los artículos L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3 y L. 2141-11 del citado código, así como de los artículos 16 a 16-8 del código civil francés. Asimismo, la Agencia de Biomedicina puede autorizar la exportación de embriones fuera del territorio nacional, pero estos movimientos de embriones tienen como finalidad exclusiva permitir la continuación del proyecto parental de esta pareja.

4. Derechos humanos involucrados

En el campo de la TRHA y, en particular, en la FPM nos encontramos con varios derechos humanos comprometidos: el derecho a formar una familia, a la vida privada y a tener acceso a los avances científicos; a la determinación del propio cuerpo; a la identidad, a conocer la realidad biológica y el interés superior del niño o niña que nacería de dicha práctica médica.

En cuanto al derecho a formar una familia, el CEDH lo regula en su artículo 8 y la DADH lo reconoce en su artículo VI. También lo recepta el PIDCP (art. 23, punto 2) y la CADH (art. 17).

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 19 sostuvo que

El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares (Comité DH, 1990, párr. 5).

Respecto de la libre determinación del cuerpo, la Corte IDH en “Artavia Murillo” ha señalado que el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la CADH. En respeto por la libertad, no se puede forzar a nadie a ser padre o madre (conf. art. 32, inc. 2º, 1ª parte, de la CADH). Si bien el derecho personalísimo cesa con la muerte de su titular, cualquier acto de disposición del propio cuerpo no puede ser suplido por terceros. Ello por cuanto nunca se sabrá a ciencia cierta cuál habría sido la voluntad del difunto, a menos que haya dejado plasmada en forma expresa su voluntad (Corte IDH, 2012, párrs. 142 y ss.).

El derecho comparado ofrece un panorama diferente en el tratamiento de la reproducción asistida *post mortem*. Se ha discutido mucho acerca de la conveniencia y justificación de admitir y regularla; existen tanto razones a favor como en contra, centradas, en principio, en tres argumentos: el derecho a la reproducción, el interés del niño/a y la finalidad terapéutica de las propias técnicas de reproducción asistida.

El argumento principal gira en torno al derecho a procrear, que se traduce en el derecho de la persona a tener hijos. La perspectiva contraria a ese derecho se encuentra en la inexistencia de un derecho fundamental a la reproducción.

España y Reino Unido permiten de forma más flexible la fecundación *post mortem*. España, desde la sanción de la Ley N° 35/1988, ha admitido la aplicación *post mortem* de las técnicas de reproducción humana asistida, porque, si bien niega la posibilidad de practicar estas técnicas una vez que haya fallecido el varón, guarda una salvedad: que el varón fallecido haya otorgado consentimiento expreso en los documentos legales previstos (escritura pública, testamento o documento de directivas anticipadas). Una vez se cumpla este requisito, también debe cumplirse el requisito “temporal”: el material genético debe ser utilizado en los 12 meses siguientes a la muerte.

Por otro lado, países como Italia, Alemania, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Letonia, Portugal, Eslovenia, Suecia y Francia tienen una legislación restrictiva, en cuanto no admiten legalmente la reproducción *post mortem*. Por ello, que ambas demandantes en el caso bajo análisis solicitan que el material genético y embriones criopreservados sean exportados a España, lo que como adelantamos no fue autorizado por el TEDH.

Como se vio más arriba, si bien Francia prohíbe expresamente la FPM y el TEDH resuelve que ello se encuentra dentro del margen de apreciación que cada Estado tiene para la aplicación del CEDH y no menoscaba el derecho al respeto a la vida privada y familiar, cabe preguntarse ¿cuál fue el criterio que se utilizó para llegar a esa conclusión, cuando según la normativa imperante en Francia las peticionantes no tienen otra alternativa que decidir entre solicitar la destrucción de los embriones o gametos o donarlos con fines investigativos o a otra pareja, pero no continuar ellas con el proyecto parental cuya voluntad procreacional también fue dada por sus cónyuges en vida?.

Prosigo reflexionando: ¿dónde está precisamente la coherencia de un sistema que priva a una mujer de la posibilidad de tener un hijo a partir de gametos de su cónyuge y que, al mismo tiempo, le permite

convertirse en madre de un niño concebido con gametos de un tercer donante? En ambos casos, el niño quedaría huérfano.

Además, ¿cómo puede ser que en una situación de angustia extrema donde una mujer quiere continuar el proyecto parental libremente decidido con su cónyuge y por lo tanto planea realizarlo en un país que autorice la procreación *post mortem*, alguien quiera acusarla de querer cometer fraude a la Ley?

En nuestro país, la regulación de la FPM no fue incluida en el CCyCN. Sí lo proyectaba el anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial, en el artículo 563, que decía:

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 del uso de las técnicas reproducción humana asistida 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 se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente 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 implanta del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Los proyectos de ley que se han presentado en el Congreso en su mayoría siguen con esta línea de regulación y, como se podrá observar, guarda relación con la forma en que la aborda la legislación española.

5. Conclusión

El abordaje de la FPM resulta delicado y al mismo tiempo complejo. Su reglamentación representa claramente el desafío cotidiano al que tiene que enfrentarse el derecho. Sin dudas la FPM es un derecho humano que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana. Gracias a él es posible que las personas viudas o aquellas cuyo conviviente haya fallecido, y que así lo deseen, puedan llegar a alcanzar su proyecto parental, respetando ciertas condiciones.

No veo inconveniente alguno, legal ni mucho menos ético moral, que permita prohibir la FPM sin violar el derecho humano a formar una familia, pues “ninguna injerencia puede ni debe tener el Estado en una cuestión que sólo hace a la vida privada y familiar del hombre” (Nallar, 2004: 23).

En definitiva, la decisión de una pareja de concebir un hijo y utilizar AMP debería caer bajo la protección del artículo 8 de la CEDH, y tal elección constituye una forma de expresión de la vida privada y familiar. Esta posibilidad de que una persona ejerza la elección consciente y reflexiva sobre el destino que debe reservarse a los propios embriones (instrumentado mediante el consentimiento previo, libre

e informado) afecta a un aspecto íntimo de su vida personal y como tal cae dentro de su derecho a la autodeterminación y, por tanto, de la propia vida privada (TEDH, 2015, párr. 159).

Entonces, entiendo que, si bien cada Estado tiene un margen de apreciación para la aplicación del CEDH, este no debe ser restrictivo de los mismos derechos humanos amparados por el tratado.

Referencias bibliográficas

Comité de Derechos Humanos (1990). *Observación General No. 19. Artículo 23 - La familia*, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257.

Nallar, Florencia, (2004), “La inseminación artificial post mortem y los derechos sucesorios del hijo póstumo”, LA LEY Online.

TEDH, *Affaire Parrillo c. Italie*, Requête no. 46470/11, Cour (Grand Chamber), 27 de agosto de 2015.

TEDH, *Affaire Baret et Caballero c. France*, Requêtes nos. 22296/20 et 37138/20, Cour (Cinquième Section), 14 de septiembre de 2023.