

Algunos aspectos sobre la crioconservación de embriones y el supuesto de inseminación post mortem a partir del nuevo régimen del Código Civil y Comercial

Comentario al fallo *K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y Fertilidad y Otros s/ Amparo*

Leandro Merlo

1. Introducción [arriba] -

El Código Civil y Comercial introduce respecto del régimen jurídico de las filiaciones un nuevo tipo filial a partir de la incorporación y regulación de las técnicas de reproducción humana asistida; entre los cuales, algunos propósitos son garantizar a todos el derecho humano constitucional de fundar una familia.

En este contexto, el Código Civil y Comercial propone la regulación de las relaciones filiales dentro del marco de los principios constitucionales de acceso a una vida familiar, con la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación y protección del interés superior del niño.

En este sentido, El Código Civil y Comercial regula tres tipos filiales que presenta, entre ellos, una causa fuente diferente. La filiación tendrá lugar por naturaleza cuando encuentre su fuente en el vínculo biológico para su determinación, la filiación por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida una vez prestado el consentimiento libre, previo e informado, tendrá su fuente en la voluntad procreacional de quienes se someten a estas prácticas con el propósito de ser emplazados como progenitores del hijo/a por nacer y, la filiación adoptiva, que tiene como causa fuente a la sentencia judicial que establece el vínculo filial. Si bien estas diferenciaciones son respecto a su determinación, los efectos que producen son los mismos, sin que proceda ninguna discriminación entre los hijos concebidos en una relación sexual, por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida o las filiaciones derivadas de un proceso de adopción.

Por su parte, la sanción de la Ley N° 26.862 de acceso integral a los procedimientos de técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida implica un avance normativo[1], garantizan la igualdad y el acceso, indistintamente de las posibilidades reproductivas de quienes pretenden ser padre/madre, ya que el día 5/06/2013, finalmente, la Cámara de Diputados convirtió en ley el proyecto que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida.[2]

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta la ley de matrimonio igualitario: ¿Podríamos afirmar que a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial el derecho constitucional a la reproducción encuentra respuesta para todos aquellos que quieran ser padres? ¿Qué ponderación de derechos se encuentran en juego? En definitiva, ¿el nuevo régimen jurídico que introduce el Código Civil y Comercial garantiza el principio de igualdad ante la ley en todos los supuestos?[3]

2. Los hechos del caso [arriba] -

Luego de que J. V. K. y C. G. V. iniciaran una relación sentimental que se transformó en una convivencia, siendo una pareja estable durante diez años, intentaron concebir un hijo en reiteradas y frustradas oportunidades, obteniendo siempre resultados negativos. Posteriormente, suscribieron un contrato para la crioconservación de esperma en el centro de criogenia Fecunditas, ante la lamentable noticia de que se le detectara metástasis de carcinoma epidermoide (cáncer de cabeza y cuello), pero el mismo fallece con anterioridad a que se inseminara a la actora.

Por su parte, la misma promueve un amparo solicitando la autorización para retirar las muestras de semen crioconservadas y realizarse un tratamiento de fertilización asistida, alegando que su pareja fallecida había dejado la pertinente autorización por escrito, agregando a dicha solicitud, que la obra social otorgue la correspondiente cobertura del tratamiento. Para ello, el instituto que realizara la práctica le requirió la debida autorización judicial.

3. La cuestión controvertida [arriba] -

En el fallo objeto de nuestro análisis podemos identificar dos cuestiones relevantes:

- 1) Si la conformidad expresada para que la actora retire las muestras de esperma manifiesta en forma fehaciente la voluntad procreacional de su pareja fallecida para que las mismas sean destinadas o no a un tratamiento de fertilización post mortem;
- 2) Si la realización de dichas prácticas pueden ser llevadas a cabo ante la falta de una norma que regule en nuestro ordenamiento jurídico la filiación post mortem por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA); es decir, si la fecundación post mortem es o no una técnica prohibida.

4. Decisión del Juzgado Nacional de 1° Instancia [arriba] -

El juez de primera instancia resolvió por la procedencia del amparo sosteniendo que el art. 19CN consagra el principio de derecho de que lo que no está prohibido está permitido y autorizó que la actora se sometiera al tratamiento de fertilización asistida con los gametos crioconservados de su pareja fallecida, condenando a la obra social a cubrir las prestaciones médicas en los términos de la Ley N° 26.862 e imponiendo las costas en el orden causado.

5. El Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación y la regulación prevista de las prácticas de fertilización post mortem [arriba] -

En un principio el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial en la redacción original del art. 563 regulaba esta posibilidad: “Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. 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 de 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 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”[4].

Sin embargo, el mismo no fue incorporado al texto del Código Civil y Comercial y quedó, finalmente, sin ser regulada la fecundación post mortem en el ordenamiento jurídico que a partir del 1/08/2015 entra en vigencia.

6. El consentimiento previo, libre e informado en los procesos de fertilización asistida [arriba] -

Las soluciones legales que fueron elaboradas por la doctrina y jurisprudencia en las situaciones que se presentan cierto grado de complejidad, al momento de atribuir un vínculo filial de un hijo/a respecto de sus progenitores, fue evolucionando en nuestra legislación y en la actualidad, a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial, que no sólo deroga el régimen actual, sino que cambia el criterio o paradigma y se centra en la voluntad procreacional de quienes pretenden asumir ese estado de familia, y las responsabilidades parentales que de ello se derivan.

La Ley N° 23.264 ponía el acento en el vínculo biológico o realidad biológica, principalmente, para establecer el vínculo de un hijo respecto de sus padres e inscribir este emplazamiento filial; es decir, en el ejercicio del derecho a la identidad biológica para que se refleje en el plano jurídico y coincidan, en concordancia a las disposiciones de los arts. 7 inc. 1 y 8 inc. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, era el eje central, en protección al interés superior del niño.

Por supuesto que el Código Civil y Comercial no se aparta de ello, si bien considera y recepta que es imprescindible para una persona conocer quién es, saber cuál es su origen y quiénes son sus padres, la voluntad expresada por parte de los progenitores resulta relevante y determinante en los supuestos en que se hayan utilizados las técnicas de reproducción humana asistida a través del consentimiento previo, libre e informado.[5]

Y es en este punto donde la voluntad procreacional o el elemento volitivo de quienes se someten a estas prácticas adquiere total protagonismo y otorga certeza a una filiación, independientemente de quién haya aportado los gametos.

Por otro lado, el presupuesto de que dos personas de distinto sexo tienen relaciones sexuales no se aplica en las técnicas de reproducción humana asistida, ya que la ciencia interviene y el proceso biológico de la concepción del óvulo y el espermatozoide, se produce sin contacto físico.

En suma, la forma en que se lleva a cabo es a través de esta técnica médica. Respecto al material genético podrá ser homólogo o heterólogo. En el primero de los supuestos, el material genético es de las personas que quieren tener a ese hijo/a, por lo que la filiación será por naturaleza, a pesar que hayan acudido a una práctica médica para que su concepción o implantación del embrión en el útero de la mujer. La situación no tendrá igual tratamiento en los supuestos de material heterólogo porque no existe coincidencia entre la información genética y las personas que pretendan ser los progenitores.

El Código Civil y Comercial resuelve esta situación legal acudiendo al consentimiento previo, libre e informado que hayan expresado cada vez que se sometan al tratamiento.[6] Si bien es cierto que a partir de la sanción 26.618 de matrimonio igualitario, y su puesta en vigencia, dos hombres podrán casarse, no tendrán la posibilidad de someterse a estas prácticas, ya que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales.[7]

Desde esta perspectiva e ideas, podríamos identificar cierto grado de desigualdad ante la ley ya que luego de diversos debates morales y legales, el instituto de la gestación por sustitución no fue regulado por el Código Civil y Comercial, y sólo podrán acudir la adopción para formar una familia, pero nunca podrán tener hijos propios, porque el vínculo de sangre no podrá dar sustento al vínculo jurídico.

7. Conclusiones finales [arriba] -

Claramente, la crisis o cambio de paradigma en materia de las filiaciones nos aparta de la forma en que se determinaban los vínculos jurídicos entre los hijo/as y sus progenitores, ya que mientras que en el Código de Vélez prevalecía el vínculo biológico para la determinación de las filiaciones y emplazamiento, el avance de la ciencia y la existencia de las técnicas de reproducción humana como prácticas, nos llevan a un Código Civil y Comercial que regula la voluntad procreacional de quienes pretenden asumir el rol de progenitores y formar una familia, con independencia de quienes hayan aportado los gametos y a resolver distintos supuestos de hecho que hoy en día se presentan ante los tribunales a causa de los avances de la ciencia.

En síntesis, el embrión tiene que haber sido implantado con el consentimiento renovado por ambos a la fecha de la muerte del esposo o conviviente de la mujer, para que tenga vínculo filiatorio y derecho hereditario con respecto a ambos progenitores y pueda suceder al fallecido, siempre que nazca con vida.[8]

Y si el hombre falleció antes de renovar su consentimiento para la transferencia del embrión, el consentimiento inicial que prestó no tendrá efectos y la mujer estará impedida de obtener la implantación del embrión, que será descartado y destruido.

En este contexto, luego de realizar las anteriores reflexiones, ¿será probable que el criterio de la doctrina mayoritaria y la futura jurisprudencia, reconozcan igual como derecho humano el derecho a la fertilización humana asistida post mortem, el derecho a la autonomía reproductiva y a la cobertura médico asistencial, sustentando estos derechos y correspondiente protección en la Ley N° 26.862, el art. 19 CN, conforme a la interpretación de la CIDDHH respecto a los alcances del derecho de protección a la vida privada, la Constitución Nacional y los principios del Derecho Internacional de los Derechos humanos?

Notas [arriba] -

[1] El art. 8° de la ley, establece: "El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 3.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como la reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho -18- años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas pueden ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro".

[2] MEDINA, Graciela, GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, La reglamentación de la Ley Nacional de Fertilización Asistida, DFyP 2013 (agosto), 20/08/2013, 118. "Con la reglamentación de la Ley Nacional de Fertilización Asistida se termina con la eugenesia económica de reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento ya que tanto es eugenesia prohibir la concepción en razón de la raza, como de la religión, como en razón

del nivel de ingreso, y es tanto o más reprochable impedir la reproducción por razón del color de la piel como por el status económico... La sanción de la ley 26.862, puso al alcance de todos -sin necesidad de que los requirentes de las técnicas de reproducción humana asistida sean estériles o infértiles- la posibilidad de acceder a ellas. Por ello a partir de la entrada en vigencia de no será necesario recurrir a la Justicia a fin de obtener una resolución que habilite la cobertura de la misma por parte de las Obras Sociales, Empresas de Medicina Prepaga o el propio Estado Nacional...”

[3] SOLARI, Néstor, Ley de Fertilización Asistida, DFyP 2013 (agosto), 20/08/2013, 35. “...los mayores conflictos que presenta el matrimonio homosexual, desde la vigencia de la ley 26.618, es el atinente a la filiación, dado que el régimen legal de dicha institución ha sido dictado en otras circunstancias fácticas (esto es, en el año 1985, al sancionarse la ley 23.264). Teniendo en cuenta ello, es entendible que las dudas se presenten, en muchas situaciones prácticas. De ahí que se hace imperioso, tal como venimos señalando desde hace un tiempo, la necesidad de reformular integralmente el régimen de Filiación vigente. Hay que destacar, sin embargo, que si bien la sanción de la ley de Matrimonio Igualitario puso a las técnicas de reproducción humana asistida en la agenda de la opinión pública, no podemos dejar de señalar que el uso de las técnicas de reproducción humana es una práctica y recurso muy utilizado por matrimonios heterosexuales. Por lo que la problemática derivada de la reproducción humana asistida no divide las aguas entre las uniones heterosexuales y uniones homosexuales, sino que responde a la voluntad procreacional de todo individuo, independientemente de sus preferencias sexuales. En consecuencia, la problemática del régimen de la filiación en el derecho argentino no nace con la sanción de la ley 26.618, sino que ya preexistía en los casos de matrimonios heterosexuales”.

[4] MEDINA, Graciela (2012), versión electrónica disponible en www.gracielamedina.com “En cuanto a la fecundación post mortem, se establece que en caso de muerte del cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de 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. Se prevé que excepcionalmente puede haber vínculo filiatorio con el fallecido, si el hombre ha dado su consentimiento en un testamento y la implantación se produce dentro del año de su fallecimiento. El tercero de los puntos más conflictivos en orden a la filiación por voluntad procreacional es el derecho al conocimiento de la realidad biológica que está contenido en la Convención de los Derechos del Niño y que en la filiación por adopción es un principio fundante del instituto. En la filiación por técnicas de fecundación asistida el derecho a conocer los orígenes es limitado. Así el derecho de conocer la identidad genética con fines médicos es ilimitado cuando existan razones de salud, y el derecho a conocer la identidad del donante puede ser autorizado por autoridad judicial cuando existan motivos fundados y lógicamente sin que este conocimiento establezca filiación. La solución adoptada es valiosa porque respeta los recaudos de anonimato que son necesarios para realizar las técnicas, pero ante un conflicto de intereses da preponderancia siempre a la salud del hijo y cuando funde el hijo funde la necesidad del conocimiento limita los alcances del anonimato por razones de equidad. Con lo cual, se logra un equilibrio que posibilita las técnicas y garantiza las necesidades del hijo estableciendo que ni el anonimato es iure et de iure, ni el derecho a conocer al aportante del material genético es absoluto.”

[5] MEDINA, Graciela, GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio. Op. Cit., “Respecto a los beneficiarios de la ley 26.862, señala el art. 7 del decreto que toda persona que requiera la aplicación de TRHA, deberá prestar el consentimiento informado, antes del inicio de cada técnica, aplicando en lo pertinente, las prescripciones de la ley 26.529 y 25.326. El decreto reglamenta la ley sobre fertilización asistida, considerando los principios que incorpora el Proyecto de Reforma al Código Civil en materia filiatoria (arts. 558, 559, 560, 561 y cc.) y aquellos relativos al comienzo de la vida humana (art. 19 del Proyecto), más que en la Ley de Fondo que actualmente se encuentra vigente. En efecto, establece que el consentimiento en los casos de tratamientos de baja complejidad es revocable en cualquier momento del

tratamiento o hasta antes del inicio de la inseminación. Entretanto, en los casos de reproducción asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión, solución que sigue la línea del art.19 del Proyecto de Código Civil ya citado, de no reconocer como persona al embrión no implantado, de acuerdo a los conceptos dados por la Corte de San José de Costa Rica, en el reciente caso Artavia Murillo”. [6] Art. 560CC: “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.”

[7] FAMÁ, María Victoria, Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas, DFyP 2013 (agosto), 20/08/2013, 104 páginas 2-3. “El derecho a formar una familia en condiciones de libertad e igualdad Desde el añejo art. 14 bis que alude a “la protección integral de la familia”, nuestro bloque constitucional realza el papel fundamental de la familia en la sociedad, reconociéndole y garantizándole una adecuada protección en sus más diversos aspectos y manifestaciones. Tan es así, que los instrumentos internacionales de derechos humanos hablan de lo que se ha dado en llamar el “derecho a la vida familiar”, poniéndose de resalto que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que por ello, toda persona tiene derecho a fundar una familia y todo niño a “crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” para el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”. De allí que el Estado deba asegurar a la familia “la más antigua protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”. Sobre la base de ese entramado normativo es que desde hace muchos años se sostiene que en un estado constitucional de derecho una familia resulta digna de protección y promoción cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos. Garantizar la protección de la familia en un sentido amplio y pluralista propio de un modelo de estado como el mencionado implica reconocer, como primer paso necesario, el derecho a formar esa familia en el marco de una decisión libre y autónoma, y en igualdad de condiciones o, lo que es lo mismo, sin discriminación alguna. Se trata nada más y nada menos que del derecho al acceso (y aquí nos topamos nuevamente con la expresión legal) libre e igualitario a una familia, cualquiera sea la modalidad elegida, cuestión que quedó en evidencia en nuestro país tras la sanción de la ley 26.618, conocida como ley de “Matrimonio igualitario”. La relación entre el derecho a la vida privada y familiar con la autonomía personal y el principio de no discriminación en referencia al uso de TRA, fueron subrayados por la Corte IDH en el citado caso Artavia Murillo. En este sentido, entre los intensos argumentos introducidos por el Tribunal se destacan los siguientes: a) “La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona... la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”. b) “el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia”. A la luz de estos fundamentos -y muchos otros vinculados en especial a la protección del embrión –a los que luego haré referencia- la Corte concluyó que la Sala Constitucional de Costa Rica “partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios". Nobleza obliga, cuando la Corte alude en el caso a los efectos discriminatorios de la prohibición de acceso a las TRA se refiere a un impacto desproporcionado con respecto a la discapacidad (producto e la infertilidad), al género (a raíz de los prejuicios y estereotipos sociales que definen a la feminidad a través de la maternidad), y a la situación económica (por las mayores posibilidades para el acceso a las técnicas por parte de quienes tienen mayores recursos patrimoniales). No hace mención alguna, en cambio, al debate en torno del acceso a las TRA por parte de personas solas o parejas del mismo sexo, cuestión que no había sido introducida en la demanda. Sin embargo, la relación entre el derecho a la vida privada y familiar y el principio de no discriminación por la orientación sexual ya había sido puesta de resalto en otro célebre precedente del Tribunal, el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, del 24/02/2012, donde se concluyó que la orientación sexual como fundamento de un tratamiento diferenciado constituye una "categoría sospechosa", subrayándose que "la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual". En síntesis, la ley 26.862 refuerza un postulado que meses antes ya había consagrado la máxima autoridad jurisdiccional regional: el acceso a las TRA es una expresión del derecho a formar una familia, derecho fundamental emergente de nuestro bloque constitucional que como tal, debe reconocerse a todas las personas en el marco de su autonomía personal y sin discriminación alguna".

[8] MEDINA, Graciela, Análisis general sucesiones, 2015, Arts. 21, 562 y 2279 inc., a) y b) del Código Civil y Comercial.

Publicación: Revista de Derecho de Familia y Sucesiones

Número 5 - Septiembre 2015

Fecha: 07-09-2015 Cita: IJ-LXXXI-567