



CIV 104832/2022/CS1
L., J.L. s/ autorización.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 21 de agosto de 2024

Vistos los autos: "L., J.L. s/ autorización".

Considerando:

Que el recurso extraordinario no cumple con el requisito de fundamentación autónoma.

Por ello, se lo declara mal concedido. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que la actora, en su carácter de cónyuge supérstite de A.H.S., fallecido el 17 de septiembre de 2020, solicita que se le otorgue autorización judicial para continuar con el Programa de Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), programa iniciado en vida de aquel con material genético de su parte. Manifiesta que, en virtud del contrato celebrado oportunamente, ese material genético se encuentra crioconservado en poder de la Clínica de Fertilidad SEREMAS FENIX MEDICINA SRL y que dicha institución exige para la continuación del tratamiento referido una autorización judicial que supla la voluntad de su cónyuge fallecido.

En su presentación, la actora relata que contrajo matrimonio con el causante el 5 de noviembre de 2003; que tenían como proyecto en común formar una familia; que el 30 de mayo de 2016 suscribieron el consentimiento informado sobre Fecundación Asistida para el inicio del tratamiento, y que en el mes de febrero de 2013 el causante otorgó -mediante escritura pública- un poder general amplio de administración y disposición a su favor que en su cláusula XIV expresa "*...Así también queda autorizada para la cantidad de veces que se considere necesario de las muestras de semen del compareciente las cuales se hallan en el laboratorio de SEREMAS...*". Estima que dicho poder la autoriza a intervenir e interesarse en todo lo concerniente a la muestra de esperma suministrada a los fines de la fecundación asistida, sin que el fallecimiento de su otorgante obste a su validez, máxime cuando en vida no ha efectuado acto alguno del que pueda presumirse su disconformidad con la continuación del tratamiento.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Continúa el relato, reseñando precedentes jurisprudenciales que han admitido el uso del material genético masculino crioconservado con posterioridad a la muerte del esposo, y señalando que en su calidad de heredera del difunto puede ejercer todas las acciones transmisibles que le correspondían (artículos 2280 y 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación) y que su intención de continuar con el procedimiento de fertilización no es sorpresivo ya que se inició hace años, la voluntad del causante permaneció inalterada hasta el momento de su muerte y que no persigue interés económico -directo o indirecto- alguno sino que solo responde a elevadas finalidades axiológicas que exteriorizan la voluntad de ser madre.

Funda su pretensión en los artículos 14, 14 bis -en especial en el principio de protección integral de la familia-, 17, 19, 33, 42 y 43 de la Constitución Nacional; en los artículos 1026, 2228, 2337, 2433 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), 7° y concordantes de la ley 26.682, en Tratados Internacionales con jerarquía constitucional o supralegal y en la jurisprudencia que cita.

2°) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que denegó la autorización solicitada por la actora para utilizar, en un tratamiento de fertilización asistida *post mortem*, el material genético crioconservado de quien en vida fuera su cónyuge.

3°) Que contra dicho pronunciamiento la actora dedujo recurso extraordinario, que fue concedido solo por cuestión federal con apoyo en que se encuentran en pugna derechos de clara raigambre constitucional. Específicamente, para dar por acreditada la cuestión constitucional federal se

alude a la interpretación del artículo 19 de la Norma Fundamental sobre reserva de la ley y del artículo 14 bis sobre la protección integral de la familia, como así también de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, vigente con jerarquía constitucional por reenvío del inciso 22 del artículo 75 de nuestra Carta Magna.

4°) Que los planteos de naturaleza federal invocados resultan inatendibles, pues carecen de una argumentación suficiente que lo sustenten y se presentan como una manifestación genérica sin entidad para modificar la decisión cuestionada. Tales manifestaciones no logran demostrar -con la exigencia que es debida- su relación directa e inmediata con la materia litigiosa (artículo 15 de la ley 48; conf. arg. Fallos: 346:1075, voto juez Rosatti).

5°) Que, sin perjuicio de las circunstancias señaladas, suficientes para invalidar el recurso por falta de fundamentación autónoma y declararlo mal concedido, tal como habrá de resolver esta Corte, estimo conveniente formular las siguientes consideraciones, a fin de esclarecer -para causas futuras- la materia bajo examen. Para ello, se formularán y responderán, por su orden, en los considerandos 6°, 7°, 8°, 9° y 10, los siguientes interrogantes: *i)* en la utilización del material genético involucrado en la especie (espermatozoides), ¿está en juego la vida de una persona o de terceros?; y *ii)* ¿existe norma que regule el consentimiento de una persona fallecida para la utilización de su material genético con fines reproductivos después de su muerte?

6°) Que con relación al primer interrogante, aquel que pregunta sobre si la utilización de material genético de una persona pone en debate el derecho a la vida de esa persona



Corte Suprema de Justicia de la Nación

o de un tercero, la respuesta debe ser negativa. En efecto, el gameto -masculino o femenino-, considerado aisladamente, no constituye una "persona física" protegida por el orden jurídico como tal; no es un *nasciturus* o persona por nacer. Su disponibilidad no pone en riesgo una vida que no existe -porque no se la ha generado aún- ni tampoco la de quien los ha producido, porque -en el caso en examen- ya ha fallecido.

7°) Que con relación al segundo interrogante, aquel que pregunta sobre si existe norma que regule el consentimiento de una persona que ha fallecido para la utilización de su material genético con fines reproductivos, pueden plantearse dos respuestas: una negativa y otra positiva, ambas con base en el artículo 560 del CCyC.

La tesis de la ausencia normativa habilitaría a recurrir al criterio general del segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional; frente al silencio normativo, cobraría vigencia la regla de la permisón ("nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe").

La tesis de la existencia normativa se sustentaría en la literalidad del artículo 560 del CCyC, en tanto prescribe el necesario consentimiento de los titulares de los gametos, masculino o femenino, en cada intento de sujeción a la técnica de reproducción humana asistida ("*el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones*").

En mi opinión, no hay ausencia sino existencia normativa. Se trata del mencionado artículo 560 del CCyC, cuyo contenido es claro e inequívoco, por lo que resulta de aplicación en el caso la inveterada jurisprudencia de la Corte que, frente a diversas circunstancias y en distintas épocas, ha sostenido que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que cuando esta es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 344:3156; 345:1086; 346:25; 346:683 y 346:1501, entre muchos otros).

En efecto, cuando se afirma que el "*consentimiento debe renovarse cada vez que...*", queda invalidada toda pretensión que sustente dicha expresión de voluntad en una mera presunción o en una manifestación realizada para una ocasión anterior.

8°) Que, conforme a lo hasta aquí dicho: a) existe una norma específica que regula la presente causa, por lo que no hay un vacío normativo que habilite la remisión al segundo párrafo del artículo 19 de la CN (reserva de la ley); b) la norma en cuestión prohíbe el *consentimiento presunto*, que la recurrente pretende acreditar con la autorización realizada en vida por el cónyuge, porque la cláusula exige una afirmación explícita con los requisitos y formalidades previstos en el artículo 561 y concordantes del CCyC en cada procedimiento; c) la norma bajo análisis prohíbe también el *consentimiento anticipado*, tal como se pretende al incorporar el poder que, suscripto en el año 2013, autoriza la utilización a futuro del semen oportunamente extraído, por cuanto la cláusula de marras afirma que la manifestación de voluntad "*debe renovarse cada*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

vez que se procede a la utilización de gametos o embriones". Abona este criterio la posibilidad legalmente reconocida de revocar libremente el consentimiento (mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión, conforme al artículo 561 del CCyC), opción que no podría ejecutar nunca la persona fallecida.

9°) Que lo sostenido en el considerando anterior es conteste con los principios de libertad, dignidad y autonomía de la voluntad, de abolengo constitucional. No debe olvidarse que en un caso como el presente lo que está en juego no es la voluntad de la persona supérstite sino de la persona que ha fallecido, pues de la utilización de su material genético se trata.

10) Que, en síntesis: 1) no está en juego en la presente causa el derecho a la vida de una persona viva o de una por nacer; 2) no está en discusión la protección de una familia constituida ni la de sus miembros, cuya integridad no se ve comprometida ni amenazada; 3) no se advierte una hipótesis de discriminación a la mujer supérstite, por cuanto lo que se debate es la utilización del material genético de cónyuge fallecido; 4) hay una norma específica que regula el consentimiento exigible para estos tratamientos de fertilización humana asistida, aplicable al fallecido; 5) del texto de la norma surge con claridad la prohibición del *consentimiento presunto* y del *consentimiento anticipado* del fallecido para este tipo de prácticas médicas.

11) Que sin perjuicio de las afirmaciones formuladas en los considerandos 6° a 10, el presente recurso debe ser declarado -tal como se señaló en los considerandos 4° y 5°- mal concedido, por carecer de fundamentación autónoma.

Por ello, se declara mal concedido el recurso. Con costas.
Notifíquese y devuélvase.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que la actora solicitó que se otorgue autorización judicial supletoria de la que debería formular su cónyuge fallecido - A.H.S. -, para la continuación del Programa de Inyección Introcitoplasmática de Espermatozoides (ICSI) iniciado en vida de este último con donación de material genético de su parte. Manifestó que ese material genético se encuentra en poder de la clínica de fertilidad SEREMAS FENIX MEDICINA S.R.L con la que celebró un contrato para concretar el tratamiento de fertilización con técnica de reproducción medicamente asistida de alta complejidad (TRHA) y luego del fallecimiento de A.H.S. el 17 de septiembre de 2020 la mencionada clínica le solicitó una autorización judicial a los efectos de continuar con la TRHA.

Relató que contrajo matrimonio con A.H.S. el 5 de noviembre de 2003; que tenían el proyecto en común de formar una familia; y que tras el fallecimiento de su marido, estaría en condiciones de continuar con el tratamiento de fertilización para el cual solicita la autorización.

Señaló que contaba con la pertinente documentación que acreditaba la voluntad procreacional "post mortem". En ese sentido agregó, por un lado, un poder general amplio de administración y disposición que le otorgara A.H.S. el 22 de febrero de 2013 que, en lo que aquí interesa, establecía a su favor que *"... queda autorizada para la cantidad de veces que se considere necesario de las muestras de semen del compareciente las cuales se hallan en el laboratorio de SEREMAS"*; y por el otro, un contrato de consentimiento informado para concretar el

tratamiento de fertilización con técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad (FIV-ICSI) de fecha 30 de mayo de 2016, firmado por la actora y su cónyuge (fs. 12/13 se acompaña copia), mediante el cual se autorizó a la clínica SEREMAS a realizar el tratamiento. Destacó que la voluntad procreacional del fallecido permaneció inalterada hasta que se produjo su deceso y que la autorización judicial que solicita no persigue un interés económico "sino tan solo las elevadas finalidades axiológicas de rango superior que exteriorizan la voluntad de ser madre".

2°) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que denegó la autorización requerida por la actora.

En lo que aquí interesa, el tribunal señaló que en nuestra legislación no se encuentra regulada la fertilización asistida post mortem, por lo que la autorización judicial peticionada debía ser resuelta bajo el prisma de la normativa vigente. Afirmó que resultan aplicables los artículos 560, 561 y 562 del Código Civil y Comercial de la Nación que exigen que la voluntad procreacional debe plasmarse en el consentimiento previo, informado y libre; y que no puede ejercerse por representación ni puede ser presumido en tanto constituye el ejercicio de un derecho personalísimo.

3°) Que contra dicha resolución, la actora dedujo recurso extraordinario el que fue desestimado por las causales de arbitrariedad y de gravedad institucional, sin que se haya deducido la queja pertinente, siendo concedido por cuestión federal sustentado en los artículos 19 -reserva de ley- y 14 bis -protección integral de la familia- de la Constitución Nacional; por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y por haber fundado la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

cámara su decisorio en la falta de acreditación de voluntad procreacional para después de la muerte expresada a través del consentimiento informado, el cual se enmarca en el ámbito de los derechos personalísimos y se vincula con la dignidad de la persona humana.

4°) Que el recurso extraordinario no cumple con el requisito de fundamentación autónoma, por lo que corresponde declararlo mal concedido. En efecto, es inadmisibles pues no rebate los argumentos de la sentencia de cámara en términos que satisfagan el requisito de fundamentación autónoma al que se refiere el artículo 15 de la ley 48. Dicha exigencia supone que el escrito respectivo debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, o sea que el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el juez para arribar a las conclusiones que lo agravan, a cuyo efecto no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia (ver Fallos: 310:2376; 327:4622; 328:3922; 329:1191 y 344:2779, entre otros)

5°) Que sin perjuicio de lo que aquí se resuelve, no se puede soslayar la indudable trascendencia de la cuestión de fondo y la incertidumbre que esta genera en los distintos sujetos que intervienen en las técnicas de reproducción humana asistida, y en el caso especial de la fertilización post mortem.

En virtud de dicha trascendencia, es pertinente realizar las siguientes consideraciones en miras a otros supuestos que puedan presentarse.

6°) Que en el caso concreto, se trató, por un lado, de un documento denominado "contrato de consentimiento informado para concretar el tratamiento de fertilización con técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad (FIV-ICSI)" de fecha 30 de mayo de 2016, firmado por la actora

y su cónyuge (fs. 12/13) el que fuera exteriorizado cuatro años antes de su fallecimiento y que la recurrente pretende hacer valer en la actualidad, y por el otro, de un "poder general amplio de administración y disposición" que le otorgara A.H.S. a la actora el 22 de febrero de 2013.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece con claridad la exigencia de un consentimiento previo, informado y libre (artículo 560), que "debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones", y que ello requiere el cumplimiento de requisitos de forma dispuestos para su validez (artículo 561) y que "es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión" (artículo 561). En forma coincidente dispone la ley 26.862 de Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (artículo 7°).

Los requisitos que establecen las normas citadas requieren que el consentimiento se renueve cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Asimismo, el consentimiento debe cumplir con las formas requeridas para su validez; y el consentimiento necesario para la disposición de un derecho personalísimo, según nuestro derecho positivo, no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable (artículo 55 del Código Civil y Comercial) razón por la cual no cabe presumir un asentimiento realizado "post mortem". Estos requisitos se justifican porque la voluntad procreacional es el eje central de la filiación por este tipo de técnicas de reproducción asistida.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

7°) Que en relación a una persona fallecida, corresponde señalar que todo el diseño jurídico de la "voluntad procreacional" se edifica sobre la libertad y no puede haber ninguna presunción acerca de que se ha renunciado a ejercerla.

La Constitución Nacional consagra una esfera de libertad personal (artículo 19) y toda renuncia o restricción respecto de la misma, es, lógicamente, de interpretación restrictiva. La consecuencia de ello es que no puede presumirse que una persona renuncia o dispone de un derecho personalísimo.

En este sentido, el consentimiento informado es un elemento que garantiza el ejercicio de la libertad de autodeterminación respecto de un derecho personalísimo, lo cual se fundamenta en la esfera de libertad de las personas humanas.

Esta Corte ha enfatizado este ámbito señalando que la Constitución Nacional, en su artículo 19, consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen.

Además no se trata solo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

Esa frontera construida sobre las bases históricas más memorables de la libertad humana no puede ser atravesada por el Estado ni tampoco por quienes invocan una legitimación extraordinaria. "Este poderoso reconocimiento de la libertad personal significa que toda limitación es de interpretación estricta y quien la invoca debe demostrar que hay una restricción razonable y fundada en la legalidad constitucional"

("Mujeres por la vida", Fallos: 329:4593 disidencia del juez Lorenzetti).

En innumerables precedentes esta Corte ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional no solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí misma (Fallos: 332:1963; 335:799; 338:556).

En la misma línea, este Tribunal ha recordado que nuestro sistema jurídico no admite la cosificación del ser humano...lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación (Fallos: 328:4343).

8°) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "el consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para toda práctica médica (...) asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona" (CIDH, caso "I.V. vs. Bolivia", sentencia del 30 de noviembre de 2016, párrafo 159).

Asimismo, el mismo tribunal señaló que "un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones" (caso "I.V. vs. Bolivia" citado, párrafo 150). Esta afirmación ya había sido utilizada por dicho tribunal en el caso "Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 142.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

El respeto por la autonomía de la voluntad, y en definitiva de la libertad personal, implica que nadie puede ser forzado a ser padre o madre, incluso luego de la muerte, tal como se desprende de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 32, inciso 23 (Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 32, inciso 2). Es así que en pos del pleno respeto a la autonomía, la libertad, autodeterminación y la dignidad humana, las normas deben ser interpretadas de forma restrictiva, a fin de salvaguardar la voluntad de la persona fallecida.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó, en la misma línea argumental, que la fecundación asistida con espermia criopreservado está permitida por la legislación checa únicamente para parejas e inter vivos; "para proteger no sólo el libre albedrío del hombre que ha consentido la reproducción asistida, sino también el derecho del feto a conocer a sus padres, la ley SHS exige la existencia de una pareja que desee someterse a dicho tratamiento y quien debe dar su consentimiento por escrito antes de cada intento de fecundación" (caso "Pejřilová vs. República Checa" Application no. 14889/19, sentencia del 8 de diciembre de 2022).

9°) Que en relación a los gametos y embriones, es preciso señalar que su existencia, por sí misma, no significa que hubiera un proyecto parental post mortem.

La voluntad procreacional requiere, ineludiblemente, constatar con claridad la voluntad actual de las personas que han dado su consentimiento. En este sentido, no hay un derecho del gameto o del embrión al implante. Si se admitiera esta posibilidad, podría darse la situación de que se solicitara

judicialmente que se obligue a una mujer a implantarse embriones criopreservados, formados con su material genético, lo que afectaría el derecho a decidir sobre su cuerpo.

10) Que el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación incluía una propuesta relativa a la filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana, que disponía: "Artículo 563.- 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".

Esta propuesta no fue incorporada, y aún cuando se estimase, con criterio laxo, que lo proyectado puede ser utilizado como pauta interpretativa, lo cierto es que también es claro en que hay una prohibición y excepciones estrictamente reguladas.

No compete al Poder Judicial que sustituya la labor del Honorable Congreso de la Nación, poniendo en vigencia proposiciones que no fueron promulgadas. Semejante pretensión implicaría desconocer la arquitectura del sistema jurídico. No sería lícito que los magistrados, a sabiendas, con prescindencia de su carácter de órgano de aplicación del



CIV 104832/2022/CS1

L., J.L. s/ autorización.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

derecho vigente, se atribuyeran la facultad de sustituir al legislador en las decisiones de política jurídica.

Tal como lo ha sostenido este Tribunal desde antiguo y hasta en sus fallos más recientes, nuestro ordenamiento jurídico no confiere a los magistrados el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia (Fallos: 234:82; 249:425; 306:1472; 314:1849; 318:785; 329:1586; 333:866 y 338:488).

Por ello, se lo declara mal concedido. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Recurso extraordinario interpuesto por **J.L.L., actora**, representada por el **Dr. Edgardo Pedro Daniel Manara**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 25.**