

Inseminación artificial homóloga póstuma: un análisis bioético de la planificación familiar

Larissa Cristina Lourenço

Faculdade Milton Campos, Nova Lima/MG, Brasil.

Resumen

Este artículo trata aspectos relacionados a la inseminación artificial homóloga *post mortem*. Con base en la normativa ética que garantiza la libre elección de la pareja en la planificación familiar, el objetivo fue identificar la influencia de la legislación en la realización de este proyecto parental. A partir del método hipotético-deductivo, se realizó una revisión bibliográfica sobre bioética y bioderecho, además de una búsqueda documental en el sitio web del Consejo Federal de Medicina. Con esto, se reflexionó sobre el principio de autonomía de los pacientes sometidos a técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta algunas de las repercusiones de esta técnica en el derecho de familia y de sucesiones. Por último, se describió el método de la casuística clínica utilizado por las clínicas como parámetro en la toma de decisiones y asesoramiento al cónyuge sobreviviente en el tema de la concepción póstuma.

Palabras clave: Inseminación artificial homóloga. Concepción póstuma. Bioética. Autonomía personal. Planificación familiar.

Resumo

Inseminação artificial homóloga póstuma: análise bioética do planejamento familiar

Este artigo trata de questões relacionadas à inseminação artificial homóloga *post mortem*. Tomando como referência normas éticas que asseguram a livre escolha do casal no planejamento familiar, objetivou-se descobrir de que forma tais regulamentações influenciariam na concretização desse projeto parental. A partir do método hipotético-dedutivo, realizou-se revisão de literatura em bioética e biodireito, além de pesquisa documental no sítio eletrônico do Conselho Federal de Medicina. Refletiu-se, então, sobre o princípio de autonomia dos pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, levando em conta algumas das repercussões dessa técnica sobre o direito de família e sucessões. Por fim, descreveu-se o método de casuística clínica, utilizado pelas clínicas como parâmetro para tomar decisões e aconselhar o cônjuge sobrevivente acerca da problemática da concepção póstuma.

Palavras-chave: Inseminação artificial homóloga. Concepção póstuma. Bioética. Autonomia pessoal. Planejamento familiar.

Abstract

Posthumous homologous artificial insemination: a bioethical analysis of family planning

This article discusses issues related to *post mortem* homologous artificial insemination. Taking as reference ethical norms that ensure the couple's free choice in family planning, the objective was to understand how such regulations would influence the accomplishment of this parental project. Using the hypothetical-deductive method, a literature review on bioethics and biolaw was carried out, in addition to a documentary research on the website of the Federal Council of Medicine. Then, reflections on the principle of autonomy of patients undergoing assisted reproduction techniques were made, considering some of the repercussions of this technique on family and succession law. Finally, a description of the method of clinical casuistry is presented, being used by clinics as a parameter to make decisions and advise the surviving spouse about the problem of posthumous conception.

Keywords: Insemination, artificial, homologous. Posthumous conception. Bioethics. Personal autonomy. Family development planning.

Los autores declaran que no existe ningún conflicto de interés.

El avance de la ciencia y la tecnología contribuye cada vez más a la expansión de los métodos relacionados con la infertilidad. Se destacan en este escenario las técnicas de reproducción asistida (TRA), que dan lugar a numerosos debates éticos con ramificaciones legales.

Este estudio trata la reproducción asistida (RA) homóloga *post mortem* a partir de la siguiente pregunta: ¿cómo influyen las directrices bioéticas sobre la reproducción humana póstuma en la planificación familiar? Para responder a la pregunta, se realizó una revisión bibliográfica de artículos científicos específicos sobre bioética y bioderecho, ambos del área del derecho sanitario, a partir del método de investigación hipotético-deductivo.

Además, se analizó dicha regulación y otros documentos relacionados con la reproducción médicamente asistida en el sitio web del Consejo Federal de Medicina (CFM), con el objetivo de conocer cómo influiría la normativa ética existente en el Brasil con respecto a esa materia en la ejecución de un proyecto parental.

El artículo se divide en tres partes:

1. En primer lugar, se abordó como construir el principio de autonomía privada de los pacientes sometidos a TRA con relación al Formulario de Consentimiento Informado (FCI);
2. Posteriormente, se atendieron los dilemas asociados con la inseminación artificial homóloga *post mortem*, en especial el debate doctrinal sobre los efectos de la técnica en la planificación familiar y los derechos sucesorios del futuro hijo;
3. Seguidamente, se analizaron las decisiones de clínicas, centros o servicios que aplican técnicas de RA, así como las del cónyuge superviviente en cuanto a sus derechos fundamentales. A través del método de la casuística clínica en el área de la bioética, el estudio investigó cuestiones sobre la posibilidad de usar o no la técnica de RA *post mortem*. Finalmente, se esbozaron los principales impactos de la bioética referentes a la libre creación del plan de vida conyugal.

Autonomía y formulario de consentimiento libre e informado en reproducción asistida

La tecnología RA es el conjunto de tratamientos o procedimientos que posibilitan la reproducción asistida humana. Entre ellos está el manejo de

ovocitos o embriones humanos, que exige varios tipos de intervenciones cada vez más complejas, como la estimulación ovárica, la recuperación de óvulos, espermatozoides y la fecundación *in vitro*¹.

Según Leite y Henriques², Trounson y Mohr realizaron el primer embarazo mediante la criopreservación de embriones humanos en 1983. Posteriormente, la evolución de esta técnica, que consiste en congelar células y tejidos biológicos, hizo posible la denominada reproducción *post mortem*, es decir, la fecundación o implantación de material genético criopreservado del hombre o de la mujer (después de su muerte) en el cónyuge superviviente.

Los autores afirman que algunos países no cuentan con leyes específicas sobre TAR, como Brasil, China, Egipto e India, por otro lado, estas naciones han adoptado “guías de referencia” sobre el tema a través de resoluciones o recomendaciones de esferas administrativas. Sin embargo, aunque en todas estas naciones está permitida la criopreservación de semen, embriones y ovocitos, la reproducción *post mortem* está prohibida en China y Egipto².

En países donde existe una legislación específica, como España, también se permite la técnica de criopreservación. Italia, por su parte, prohibió la congelación de embriones y la reproducción *post mortem*². No obstante, se resalta la complejidad del tema, especialmente la cuestión en torno a la legitimidad de la voluntad de generar o no descendencia, expresada en vida, del cónyuge o de la pareja fallecida.

Pero, al fin y al cabo, ¿quién o qué puede determinar si una persona, incluso fallecida, puede o no tener hijos? Es exactamente en este punto que se produce la intersección entre el derecho, la medicina y la bioética. Así, antes de hacer frente a la cuestión de la voluntad, es necesario comprender dos factores específicos: el significado de la autonomía humana y los medios para alcanzarla.

En cuanto a la autonomía, existen referencias esenciales previstas por la Constitución de la República Federativa de Brasil (CF)³ de 1988, que a través de su artículo 5 apartado X, consagra la intimidad y la vida privada como derechos fundamentales inviolables. Este último, en particular, está tipificado como un derecho de

la personalidad en el artículo 21 del Código Civil Brasileño (CC) de 2002⁴.

El artículo 226, § 7, de la CF/1988³, permite a la pareja decidir libremente, garantizando el derecho a la planificación familiar, inicialmente conceptualizado en el artículo 2 de la Ley 9.263/1996⁵, como un conjunto de acciones de regulación de la fecundidad que preservan la constitución del derecho de igualdad, limitación o aumento de descendencia por parte de la mujer, el hombre o la pareja. Esta protección constitucional se fundamenta en la dignidad de la persona humana y en el principio de paternidad responsable.

También es un principio fundamental estipulado en el capítulo I, apartado XXI, del Código de Ética Médica (CEM)⁶, en los siguientes términos: en el proceso de toma de decisiones profesionales, de acuerdo con los dictados de su conciencia y las disposiciones legales, el médico aceptará las elecciones de sus pacientes en cuanto a procedimientos diagnósticos y terapéuticos expresados por ellos, siempre que sean adecuados al caso y reconocidos científicamente.

Se advierte, que no basta con garantizar la autonomía, es necesario asegurar su libre ejercicio de forma voluntaria, con base en las informaciones proporcionadas por los médicos. Dichos profesionales no estarán obligados a prestar servicios que vayan en contra de los dictados de su conciencia, salvo que no existan otras opciones, esto es, en ausencia de otro médico, en caso de urgencia o emergencia, o si su negativa causa perjuicio a la salud del paciente, según el apartado VII, del mismo dispositivo⁴.

Además, la autonomía es un principio general establecido en el campo de la bioética y basado en preceptos de respeto a la autodeterminación de las personas, teniendo en cuenta la libre capacidad de elegir entre las alternativas existentes. Muñoz y Fortes⁷ señalan que no es posible hablar de autonomía cuando solo hay una alternativa, o una vez que no hay libertad para actuar según la opción solicitada.

El *Relatório Belmont*⁸, de 1978, el primer documento sobre estudios de bioética, elaborado por la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos ante la Investigación Biomédica y

de Comportamiento), designó la autonomía como un principio de respeto a las personas, que deben ser tratadas como agentes autónomos. Este documento determinó que la madurez, la capacidad cognitiva para comprender lo que se está tratando y un ambiente adecuado –donde no existan situaciones de estrés, emergencia o urgencia– son condiciones para el pleno ejercicio de la autonomía. Estos conceptos también integran el artículo 5 de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* de 2005⁹.

De todas formas, se indica que la principal forma de materialización de estas premisas, principalmente para efectos de este estudio, es a través del FCI, que es conceptualizado en el ítem 4 de la Recomendación del CFM 1/2016¹⁰ como un acto de decisión, aceptación y aprobación del paciente o de su representante legal, después de las pertinentes informaciones y explicaciones, bajo responsabilidad del médico, sobre los mencionados procedimientos diagnósticos o terapéuticos.

A pesar de ello, el FCI no se restringe a los pronósticos o diagnósticos médicos y va más allá de los procedimientos que impliquen riesgos, ya que es un requisito previo que se exige para la realización de técnicas específicas relacionadas especialmente con la libre manipulación del cuerpo, con el objetivo de orientar sobre una eventual situación a partir de la toma de decisión planteada. Este principio debe observarse en cualquier circunstancia que involucre la relación médico-paciente, cuyos reflejos en el ámbito de la realidad conyugal merecen ser considerados al construir la planificación familiar, tanto en el matrimonio como en la pareja estable.

Bioderecho y reproducción asistida post mortem

Los debates contemporáneos sobre planificación familiar conllevan núcleos diferenciados y convicciones íntimas y colectivas en constante mutación frente al desarrollo de nuevas tecnologías al servicio de la vida humana o la salud a lo largo del tiempo. Por lo tanto, se debe destacar el deseo de formar una familia junto con el tema de las tecnologías reproductivas, de las que pronto surgen una serie de facetas concernientes con la posibilidad o no de tener hijos,

adoptarlos o no tenerlos, siempre marcadas por el vacío legal derivado por la ausencia de normas jurídicas.

Según Pedrosa Neto y Franco, para la aplicación de las técnicas de RA se debe considerar *la estabilidad y el afecto de la pareja, que será el apoyo emocional que permitirá el sano crecimiento del niño, y no la formalización de esta unión*¹¹. Sin embargo, existen multitud de factores contemplados, por ejemplo, la sucesión y reparto de bienes del cónyuge fallecido o la planificación familiar e incluso sobre la inexistencia de esta. Además, hay varios conceptos abiertos vinculados con la procreación humana, incluyendo las más variadas comprensiones doctrinales con respecto a la noción de pareja estable.

Por esta razón, se decidió únicamente profundizar en el plan de vida conyugal durante la constancia del matrimonio para la concepción de hijos biológicos con el uso de las técnicas de RA homóloga, en vista de la presunción legal de filiación ya establecida por el artículo 1.597, III del CC/2002⁴. En consecuencia, es necesario recordar que está permitida en Brasil la criopreservación de espermatozoides, ovocitos, embriones y tejido gonadal conforme la Resolución del CFM 2.168/2017¹², la cual se mencionará constantemente en este texto.

De acuerdo con esta resolución, en ese momento la pareja *deberá manifestar su voluntad*, por escrito, *sobre el destino que se dará a los embriones criopreservados en caso de divorcio o disolución de la pareja estable, enfermedad grave o fallecimiento de uno o ambos, y cuando desean donarlos*¹². También en virtud de la norma antes mencionada, tales embriones serán criopreservados hasta por tres años, de lo contrario y pasado este período, *podrán ser desechados si es voluntad expresa de los pacientes*¹².

El asunto es complejo, pero debe ser enfrentado con el FCI específico, para cumplir adecuadamente con tal formalidad dada la naturaleza indispensable de este documento para la realización de cualquier TRA, en consonancia con el capítulo I, ítem 4, de la citada Resolución del CFM 2.168/2017¹². Posteriormente, en su Capítulo VIII, se permite la reproducción asistida *post mortem*, siempre que exista previa autorización expresa de la/del fallecida/o para el uso del material biológico criopreservado, según la legislación vigente.

Con base en esto, en caso de que el respectivo material genético (espermatozoide u óvulo) haya sido criopreservado, se debatirán las posibles interferencias del empleo de esta técnica en la planificación familiar después de la muerte de uno de los cónyuges, a partir de dos aspectos cruciales bien diferenciados en lo que se refiere a: (1) la sucesión del futuro hijo; (2) toma de decisión clínica sobre el empleo de la técnica de concepción *post mortem*. Estos serán objeto de análisis en las secciones adelante.

Efectos sucesorios e inseminación post mortem

El artículo 1.798 del CC/2002¹³ legitima como sucesores, a las personas nacidas o ya concebidas en el momento de abrirse la sucesión, esto es, cuando sobreviene la muerte, sin contemplar aquellas concebidas después de la muerte del autor de la herencia.

Por otra parte, en función de la Declaración 267 de las III Jornadas de Derecho Civil, esta regla debe extenderse a los embriones formados mediante el uso del TRA, englobando así la vocación hereditaria de la persona humana al nacer, cuyos efectos patrimoniales se sujetan a las normas previstas en la petición de la herencia¹³.

Conforme menciona Ribeiro, hay situaciones en las que el óbito del individuo no pone fin a la voluntad expresada en vida, tal y como sucede con el testamento, persistiendo sus efectos después de la muerte. Por ello, es posible admitir legalmente que una de esas hipótesis sea la manifestación del sentido de continuidad del proyecto parental, aunque uno de los supuestos padres fallezca¹⁴.

Albuquerque Filho enseña que existen al menos tres distintas corrientes doctrinales sobre los efectos de esta técnica: 1) excluyente, que no reconoce ningún derecho al niño concebido *post mortem* y recomienda la prohibición de la práctica; 2) relativamente excluyente, que reconoce derechos relacionados únicamente con la filiación y ningún derecho asociado con la herencia del premuerto; 3) inclusiva (defendida por el autor), que reconoce los derechos de familia, especialmente la herencia, por las siguientes razones: *el material genético, semen y óvulo, pertenecen*

a ambos, casados o pareja estable, los cuales pretenden tener el hijo engendrado. Por lo tanto, biológicamente no hay duda sobre la paternidad y maternidad y, si la hay, el laboratorio o el médico que realizó la técnica de inseminación post mortem tendrá plenas condiciones científicas para esclarecer este hecho, incluso a efectos del posterior registro del niño nacido¹⁵.

En línea con la exposición de Albuquerque Filho, aquí se argumenta que el primero y segundo punto no corresponden a una correcta convicción doctrinal.

Por ese motivo, conforme una interpretación de la CF/1988, se adopta el consenso de que el tratamiento de las relaciones familiares debe ser más humanizado. Deben respetarse los derechos fundamentales de los futuros padres, respaldados por los vínculos afectivos de la pareja y del sueño de criar un hijo, y que desde el momento de la concepción, deberá tener acceso al derecho a la vida, a la seguridad, integridad y convivencia familiar, a salvo de cualquier forma de discriminación.

No se puede admitir la segregación de la institución de filiación y sucesión simplemente para poder cercenar derechos, ya que en atención al principio de igualdad por razón de filiación, y una vez reconocida la condición de hijo, le corresponden todos los derechos, tales como los de tener un nombre y herencia⁴, bajo pena de tener un verdadero retroceso.

Otra teoría es que solamente se contemplaría una descendencia eventual a través de la sucesión testamentaria, es decir, a través de un testamento, cuando en lugar de considerar la futura descendencia de otras personas, se beneficiaría a su propio hijo con el cónyuge superviviente, si es concebido hasta dos años después de la muerte con base en una interpretación extensiva de los artículos 1.799, apartado I, y 1.800, § 4 del CC/2002¹⁶.

Para Madaleno, no se debe hablar de legítima sucesión, es decir, la que se produce en el orden de la vocación hereditaria establecida en el CC/2002⁴, ya que el futuro hijo carecería de capacidad sucesoria porque tendría que estar vivo o haber sido concebido en la fecha de apertura de la sucesión, por exigencia legal de la coexistencia temporal de la muerte del causante con la concepción o nacimiento vivo del heredero¹⁷.

En este caso, Dias¹⁸ adoptó una posición contraria al defender la posibilidad de sucesión

legítima, por considerar que, si la ley determina la transmisión de la herencia a los herederos (CC 1.784) aunque no sean nacidos (CC 1.798), e incluso a personas aún no concebidas (CC 1799, I), entonces nada justifica excluir el derecho sucesorio. Para el autor, es irracional privar de la sucesión a quien sea hijo.

Albuquerque Filho¹⁹ y Delfim²⁰ comparten esta visión. Este último establece que el hijo procedente de la inseminación artificial homóloga post mortem debe tener exactamente los mismos derechos que son garantizados a su hermano biológico concebido o nacido antes de la muerte del padre²⁰.

Por el contrario, existe otro aspecto sin duda controvertido relacionado con la ausencia de una definición sobre el plazo para la implantación post mortem del embrión o gameto masculino en el útero materno, motivo por el que, una vez más, es objeto de discrepancias doctrinales, principalmente la omisión legislativa.

En tal sentido, Albuquerque Filho revela que correspondería al autor de la sucesión, cuando expresó su voluntad a través de un documento notarial o por testamento, fijar el período de espera para el nacimiento de los hijos, el cual no debe exceder los dos años previstos para la concepción de una eventual descendencia de un tercero, o ante la inexistencia de un plazo establecido previamente, aplicar por analogía el plazo que consta en el art. 1.800, § 4 del Código Civil, es decir, dos años desde la apertura de la sucesión²¹.

Hay varias interpretaciones sobre la presencia o no de los derechos sucesorios derivados de la inseminación artificial post mortem, pero este debate está precedido por otro diferente. En la esfera de las clínicas de reproducción asistida, existe una reflexión relativa a la aplicación o no del método, si por cualquier motivo no existe la autorización expresa del cónyuge fallecido específicamente para este fin y previsto en el FCI.

Esto es porque, como se puede apreciar en el Capítulo VIII de la Resolución del CFM 2.168/2017¹² no se indica nada sobre la necesidad de una autorización por escrito del causante para usar el material congelado. Ahora bien, la 1ª Jornada de Derecho Civil, realizada por el Consejo Nacional la Justicia²², emitió la declaración 106 de obligado cumplimiento. Así, para que

se presume la paternidad del difunto marido, es requisito indispensable que la mujer sea viuda al hacerse uno de los TRA con el material genético del difunto, y además tenga autorización por escrito del esposo para poder utilizar su material genético después de su muerte.

En cambio, es discutible la generación de efectos de la primera parte de este dispositivo, debido a que la presunción legal de paternidad ya está prevista y garantizada por el citado artículo 1.597, III del CC/2002⁴, pero con la inexistencia de apartados sobre la situación de viudedad del cónyuge superviviente. Para Madaleno, incluso *la inseminación artificial autorizada por el marido para ser ejecutada después de su muerte dejará de tener efecto mediante la transparencia de la presunción legal, y el juez deberá retirarla ante la nueva unión afectiva de la viuda y buscar la verdad genética a través del examen de ADN*²³.

En caso de fallecimiento del cónyuge femenino, la declaración 633 de las VIII Jornadas de Derecho Civil²⁴ reafirmó la posibilidad de hacer la inseminación por medio de la denominada gestación subrogada (cesión gratuita y temporal del útero), actualmente regulada por la misma Resolución del CFM 2.168/2017¹², siempre que la esposa o pareja haya expresado su consentimiento en vida²⁴.

A este respecto, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) instituyó la disposición 63 del 14 de noviembre de 2017²⁵, que prevé procedimientos específicos a ser adoptados por las oficinas del registro civil, inclusive los relacionados con los nacimientos derivados de la RA *post mortem*. Obsérvese el artículo 17, § 2, según el cual se debe presentar un formulario previo de autorización específico del fallecido/a para uso del material biológico preservado, redactado mediante instrumento público o privado con firma reconocida ante notario²⁵.

Así, desde una interpretación sistémica de estos mecanismos y dada la naturaleza y forma del FCI, incluso bajo el sesgo práctico de evitar posibles litigios, se reconoce aquí la necesidad de la modalidad escrita de esta autorización. Indiscutiblemente, la falta de legislación sobre este tema es un problema, lo que pone de relieve aún más el papel del Poder Judicial en la resolución de las demandas interpuestas con la finalidad de autorizarla.

De ahí surge la preocupación de que, a pesar de esta omisión respecto al FCI, todavía sería posible aplicar el procedimiento desde el marco probatorio de los autos, demostrando la voluntad expresada en otros documentos –por ejemplo, cartas o incluso pies de fotos o textos. Concretamente, esto ocurriría porque este tipo de planificación se realiza en situaciones de mayor privacidad, logrando demostrar que la pareja planeaba tener hijos. Aquí no se trata de una presunción de voluntad, sino de una prueba fáctica.

Mientras tanto, la problematización de esta cuestión no es nueva, ni se centra en un solo país o región. Shapiro y Sonnenblick, afirman que *estos debates recibieron cada vez más interés a partir de 1984, tras la muerte del francés Alain Parpalaix a los 26 años, dos días después de celebrar su matrimonio con Corinne Parpalaix*²⁶. Alain, diagnosticado con cáncer de testículos, depositó su semen en un banco de esperma, pero no indicó expresamente el futuro destino del material genético, razón por la cual dicho banco se negó a entregárselo a su esposa tras la muerte de su marido²⁶.

Por primera vez en la historia, el asunto tuvo que ser afrontado por la Justicia francesa, que, basándose en el derecho fundamental a la procreación, entendió que la ausencia de declaración escrita de Alain no impedía por sí sola el cumplimiento de su voluntad. Además, dados los testimonios de su esposa y de sus padres —ellos estaban en una inmejorable posición para determinar “los profundos deseos de su hijo”— se juzgó que se debía devolver la totalidad del esperma a un médico elegido por la viuda Corinne²⁶.

El primer registro conocido de inseminación *post mortem* en Brasil ganó notoriedad a partir de una acción de rectificación del acta de defunción presentada por Camila Noronha Martins Custódio, representada por su madre Geralda Mônica de Cássia Noronha. Estuvo casada con el padre de Camila, Rui Manoel Martins, quien diagnosticado con leucemia mieloide, murió a los pocos meses de casarse con Geralda en 1996. Entonces la esposa, de acuerdo con los deseos del difunto marido, se sometió a una inseminación artificial con semen previamente congelado y concibió a Camila, que nació en septiembre de 1997.

Por ello, se buscó corregir la partida de defunción del padre para incluir la existencia de la hija del matrimonio, lo que fue rechazado en primera instancia y, posteriormente también fue negado en

apelación, por la Cuarta Sala de Derecho Privado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo en la sentencia de Apelación 166.180.4/7-00²⁷, por considerar que la modificación del registro de defunción sería inviable mientras no se realizara una investigación de paternidad *post mortem*, siendo este un aspecto imprescindible de satisfacer.

En 2010, Roberto Jefferson Niels, entonces casado con Katia Lernerier, descubrió que tenía cáncer y decidió congelar su semen ante el riesgo de infertilidad por causa de la quimioterapia, pero murió antes de que se implantaran los embriones. Entonces, la esposa solicitó a la clínica que procediera a una inseminación *post mortem* con el semen de su marido, sin embargo, su pedido fue denegado por el laboratorio, alegando que no había autorización expresa para hacerlo. Después de interponer una demanda ante el 13° Juzgado Civil de Curitiba/PR, se concedió una medida cautelar para autorizar la ejecución del procedimiento²⁸.

Recientemente, volvió a ocurrir una situación similar cuando Samille acudió a una clínica de RA para el procedimiento de implantación de embriones congelados con material genético de su marido fallecido. La clínica se negó a realizar la técnica por el mismo motivo que fue explicado en el caso anterior. Durante la entrevista, la mujer afirmaba que no hubo ninguna orientación por parte de la clínica para rellenar el recuadro específico en el FCI sobre el destino de los embriones en caso de muerte de uno o de ambos²⁹.

De esta forma, el FCI pasa a tener un nuevo significado, englobando un carácter multidisciplinar que amplía o restringe la continuación del proyecto conyugal. Este nunca debe partir de selecciones simples estampadas en un formulario, sino de opciones dilucidadas de acuerdo a la realidad que únicamente conoce el propio paciente sometido a alguna técnica de RA.

Toma de decisiones en bioética

Clínica * cónyuge superviviente

En la sección anterior se expusieron los dilemas de la fecundación *post mortem* en el ámbito del derecho de sucesiones. Este apartado trata de la toma de decisiones en el contexto de las clínicas,

centros o servicios directamente implicados en la realización de este procedimiento.

Cabe señalar que la irreversibilidad es uno de los efectos de esta práctica, ya que, tras la inseminación en la cónyuge superviviente, no es posible volver al estado anterior al menos de forma deliberada. Por otra parte, el retraso en la realización de la práctica puede llegar incluso a suponer la pérdida o descarte del material criopreservado, en función de las disposiciones contractuales con la clínica.

Aun así, se puede deducir que la mayoría de las parejas esperan estar vivas cuando se utilizan los materiales congelados de uno o de ambos y, lógicamente, no prestan atención a lo que se debe hacer en caso de “evento de muerte”. De ahí la pregunta: ¿cuál sería su verdadera voluntad?

En este ámbito, Strong, Gingrich y Kutteh indicaron de forma acertada que *en otras áreas de la medicina en las que deben tomarse decisiones en ausencia de un previo consentimiento explícito, se admite la toma de decisiones basadas en el consentimiento inferido del paciente como una forma de respetar su autonomía*³⁰. Esto ocurre, por ejemplo, en situaciones sobre la aplicación de tratamientos para prolongar la vida de pacientes en estado vegetativo persistente sin poseer orientaciones anticipadas sobre la voluntad de este individuo.

Por lo general, se llevan a cabo preguntas a los miembros de la familia sobre si los pacientes alguna vez expresaron sus deseos con relación a tales circunstancias en el tratamiento de soporte vital. Si anteriores declaraciones y valores del enfermo confirman que le gustaría que se le interrumpiese el tratamiento, entonces este consentimiento inferido podría ser parte importante de una justificación ética para negarlo³⁰.

Cuando no hay previo consentimiento explícito registrado en la clínica, pero el cónyuge superviviente y otros familiares cercanos están de acuerdo en que el premuerto habría autorizado la inseminación *post mortem*, se produce entonces un conflicto de lenguajes: uno emocional que viene de los lazos familiares, y otro técnico, que es de la clínica médica o servicio especializado con el deber de cumplir con las limitaciones éticas. En ambos casos, hay inseguridad. Consecuentemente, no se puede dejar de aplicar métodos específicos de toma de

decisiones en bioética, incluso como medio de asesoramiento en cuanto a los diálogos con el cónyuge supérstite.

Cabe recordar que actualmente existen varias propuestas metodológicas relacionadas con el proceso de toma de decisiones en este ámbito. Estas iniciativas muestran perspectivas de análisis de dilemas morales puestos a prueba constantemente por la complejidad de las relaciones integradas en la práctica del cuidado asistencial.

A pesar de ello, tales proyectos transitan de manera común bajo el núcleo de la atribución de un sentido existencial finalista referentes a la intervención de diferentes actores, en particular, frente a la situación clínica de los pacientes y la capacidad de desempeñar un ejercicio autónomo de sus intereses. Por otra parte, es necesario indicar el legítimo responsable por las elecciones valorativas que exige cada caso concreto.

Básicamente, se toma como ejemplo el uso del método de la casuística clínica propuesto por Albert Jonsen y Stephen Toulmin. La casuística analiza problemas éticos *a través de paralelismos fundamentados en paradigmas, analogías y opiniones de expertos sobre la existencia y el rigor de las obligaciones morales en circunstancias particulares*³¹.

Esta herramienta considera distintas fases de análisis sobre la situación enfrentada, a partir de interrogantes que involucran esencialmente la parte técnica médica, la autonomía/calidad de vida del paciente y factores coyunturales. Esto está en línea con la característica de los tipos de lenguajes incluidos en situaciones de inseminación *post mortem* descritas anteriormente.

Sin duda, el objetivo aquí no es definir una solución al problema, sino presentar una pauta plausible para el tratamiento del tema, considerando las preguntas exhibidas en el Cuadro 1.

Cuadro 1. Preguntas sobre indicaciones médicas, preferencias del paciente y factores coyunturales para el análisis de casos

Indicaciones médicas	Preferencias del paciente	Factores coyunturales
1. ¿Cuál es el problema del paciente? ¿Historia? ¿Diagnóstico? ¿Pronóstico?	1. ¿Qué expresó el paciente sobre sus preferencias en relación con el tratamiento?	1. ¿Existen problemas familiares que influyan indebidamente en la decisión del tratamiento?
2. ¿El problema es agudo? ¿Crónico? ¿Crítico? ¿De emergencia? ¿Reversible?	2. ¿Se ha informado al paciente sobre los beneficios y riesgos? ¿Comprendió la información? ¿Dio su consentimiento?	2. ¿Hay problemas con los profesionales sanitarios que tengan impacto en las decisiones terapéuticas?
3. ¿Cuáles son los objetivos del tratamiento?	3. ¿El paciente está capacitado mentalmente? ¿Tiene competencia legal? ¿Hay algún otro tipo de evidencia que sugiera incapacidad para poder decidir?	3. ¿Existe una excesiva interferencia de factores económicos o sociales?
4. ¿Cuál es la probabilidad de éxito?	4. ¿El paciente ha expresado sus preferencias con anterioridad?	4. ¿Hay elementos religiosos o culturales que pesen sobre la elección de opciones?
5. ¿Cuál es la estrategia si falla la terapia?	5. ¿Quién es el representante del paciente si está incapacitado y no consigue decidir? ¿El representante sigue las normas apropiadas para una toma de decisión sobre sustitución?	5. ¿Existe justificativa para la violación del secreto profesional por parte del médico?
6. ¿Cómo el paciente se beneficiará de los cuidados ofrecidos por el equipo?	6. ¿El paciente es reacio al tratamiento? ¿Es incapaz de cooperar? ¿Por qué?	6. ¿Hay algún problema con la asignación de recursos?
7. ¿Cómo se pueden evitar los daños?	7. ¿Se respetó el derecho de libre elección del paciente en el ámbito ético y legal?	7. ¿Cuáles son las implicaciones legales de las decisiones terapéuticas?
		8. ¿El caso conlleva una investigación? ¿Docencia?

Fuente: Elaborada por la siendo basadas en tablas desarrolladas por Zoboli³¹

La relevancia de estas preguntas se fundamenta en la construcción de parámetros para la segregación de conceptos morales, generalmente amplios y cargados de subjetividad, que suelen tender a estar ocultos o incluso de forma inconsistente, según las experiencias vividas por cada uno de los involucrados.

Así, debe ser una práctica común en eventuales procesos judiciales el método de asesoramiento que pueda ayudar en la toma de decisiones clínicas. Este procedimiento forma una tipología de razonamientos para contribuir a interpretar la brecha que impera entre los criterios legales y la diversa gama de casos y conceptos médicos y morales judicializados que se encuentran en la práctica. Esto es lo que se aprecia en caso de que no exista una declaración escrita de voluntad sobre el uso *post mortem* de material genético previamente congelado.

Por tanto, a partir de las reflexiones específicas en torno a un posible consentimiento inferido, se pregunta, por ejemplo: ¿cuál es la posibilidad de éxito?; ¿Se ha informado al paciente sobre los beneficios y riesgos?; ¿Comprendió la información?; ¿Dio su consentimiento?; ¿El paciente expresó sus preferencias con anticipación?; ¿Quién es el representante del paciente si este no puede decidir?; ¿El representante sigue las normas adecuadas para una toma de decisión sobre sustitución?; ¿Se respetó el derecho de libre elección del paciente en su ámbito ético y legal?; ¿Hay elementos religiosos o culturales que pesan sobre la elección de opciones?

Estas preguntas son importantes, ya que la toma de decisiones del sobreviviente puede verse afectada por el sufrimiento causado debido al proceso de duelo³².

Consideraciones finales

Los avances científicos y tecnológicos de la medicina nunca han estado tan relacionados con la planificación familiar, ya sea como una esperanza de poner en práctica el derecho a la reproducción humana o para traer nuevas cuestiones relativas a la filiación y las diversas estructuras familiares, sobre las que evidentemente las disposiciones legislativas no consiguen acompañar ni contemplar. Una prueba de ello es la evolución

de la técnica de criopreservación de embriones y gametos femeninos o masculinos, que permitió posteriormente realizar la denominada inseminación artificial *post mortem*.

Esta materia forma parte del campo de estudio de la bioética, que merece cada vez más énfasis frente a la necesidad de intensificar reflexiones de diversa índole –jurídica, social o religiosa– ante la difusión del uso de las nuevas tecnologías aplicadas a la vida humana.

El verdadero respeto a la autonomía del individuo debe orientar las preguntas sobre la RA, materializadas a través del FCI, incluso después de la muerte. Sin embargo, es importante advertir que: tal y como su nombre indica, el documento debe ser escrito y rellenado de forma libre y consciente por el paciente, ya que es el único que conoce su propia realidad, siempre que reciba orientación y las explicaciones pertinentes de las clínicas especializadas con las observaciones necesarias sobre las opciones médicas asociadas al procedimiento.

Además, es necesario ir en busca de las informaciones vinculadas con las posibles consecuencias jurídicas causadas por su decisión, principalmente sobre los derechos patrimoniales, de filiación y sucesorios del futuro hijo, de lo contrario no se puede hablar de consentimiento libre sin una información transparente, lo que representaría una real limitación para alcanzar el plan de vida conyugal.

Por ello, es necesario establecer un debate más profundo que no se restrinja únicamente al lenguaje técnico de las clínicas y servicios que aplican las técnicas de RA, reducidas al efectivo cumplimiento de las disposiciones vigentes o futuras de las resoluciones emitidas por el CFM con respecto a esta temática.

Además de orientar al cónyuge superviviente en el proceso de duelo, también se debe considerar el lenguaje emocional proveniente de los vínculos afectivos familiares, fundamentados, por ejemplo, en la aplicación del método casuístico para la toma de decisiones bioéticas. Este procedimiento puede dar lugar a preguntas más objetivas sobre las repercusiones derivadas por la realización de esta técnica, según la complejidad de cada situación.

Referencias

1. American Medical Association. Assisted reproductive technology [Internet]. 2021 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3Qsrlx1>
2. Leite TH, Henriques RAH. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. *Physis* (Rio J.) [Internet]. 2014 [acesso 6 abr 2022];24:31-47. DOI: 10.1590/S0103-73312014000100003
3. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 5 out 1988 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3Aregcx>
4. Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 10 jan 2002. Disponível: <https://bit.ly/3QSh3Cu>
5. Brasil. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 12 jan 1996. Disponível: <https://bit.ly/3Cy24cu>
6. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 2018 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3paAbzv>
7. Muñoz DR, Fortes PAC. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: Costa SIF, Garrafa V, Oselka G, organizadores. *Iniciação à bioética* [Internet]. Brasília: CFM; 1998 [acesso 6 abr 2022]. p. 53-70. Disponível: <https://bit.ly/3TbWK4B>
8. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. Belmont report [Internet]. 1979 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3Tha2N1>
9. Organização das Nações Unidas. Declaração universal sobre bioética e direitos humanos [Internet]. 2005 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3QRZnqm>
10. Conselho Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica [Internet]. 2016 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3TkWmRo>
11. Pedrosa Neto AH, Franco GF Jr. Reprodução assistida. In: Costa SIF, Garrafa V, Volnei, Oselka G, organizadores. *Iniciação à bioética* [Internet]. Brasília: CFM; 1998 [acesso 6 abr 2022]. p. 111-24. p. 117. Disponível: <https://bit.ly/3TbWK4B>
12. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 117, 24 set 2015 [acesso 6 abr 2022]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/3AKBWKc>
13. Aguiar RR Jr, coordenador. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados* [Internet]. Brasília: Centro de Estudos Judiciários; 2012 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3AfIBzi>
14. Ribeiro RRB. Reprodução assistida post mortem no direito brasileiro. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais* [Internet]. 2017 [acesso 6 abr 2022];3(1):36-56. Disponível: <https://bit.ly/3q3kVF3>
15. Albuquerque Filho CC. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório [Internet]. In: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*; 29 out 2006; São Paulo. São Paulo: IOB Thompson; 2006 [acesso 6 abr 2022]. p. 12-21. p. 15. Disponível: <https://bit.ly/3pKHs9e>
16. Albuquerque Filho CC. Op. cit. p. 13.
17. Madaleno R. *Direito de família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 2017. p. 810.
18. Dias MB. *Manual das sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011. p. 123.
19. Albuquerque Filho CC. Op. cit. p. 20.

20. Delfim MR. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. *Revista Jus Navigandi* [Internet]. 2009 [acesso 6 abr 2022];14(2186):207-20. Disponível: <https://bit.ly/3wvXJtD>
21. Albuquerque Filho CC. Op. cit. p. 21.
22. Brasil. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 106 [Internet]. 2006 [acesso 22 set 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3BE4Dri>
23. Madaleno R. Op. cit. p. 809.
24. Brasil. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 633 [Internet]. 2018 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3dZL9FH>
25. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. *Diário Oficial da União* [Internet]. Brasília, 2017 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3Cwb3Lf>
26. Shapiro ED, Sonnenblick B. Widow and the sperm: the law of post-mortem insemination. *JL & Health* [Internet]. 1985 [acesso 6 abr 2022];1:229. p. 232. Tradução nossa. Disponível: <https://bit.ly/3QSFVK>
27. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 166.180.4/7-00. Óbito. Registro afirmando que o falecido não deixou filhos. Nascimento posterior em decorrência de fertilização “in vitro”, com utilização de sêmen deixado pelo falecido. Pretendida retificação do óbito. Apelante: Camila Noronha Martins Custódio. Apelado: O Juízo. Relator: Desembargador Olavo Silveira [Internet]. 2000 [acesso 14 jan 2021]. Disponível: <https://bit.ly/3R6UJvM>
28. Araújo G. Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná. *G1* [Internet]; 2010 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <http://glo.bo/3dQeeTH>
29. Viúva tem pedido negado para implantar embriões congelados dela e do marido. *G1* [Internet]; 2019 [acesso 6 abr 2022]. Disponível: <http://glo.bo/3CwX1sD>
30. Strong C, Gingrich JR, Kutteh WH. Ethics of postmortem sperm retrieval: ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state. *Hum Reprod* [Internet]. 2000 [acesso 6 abr 2022];15(4):739-45. p. 742. Tradução livre. DOI: 10.1093/humrep/15.4.739
31. Zoboli E. Tomada de decisão em bioética clínica: casuística e deliberação moral. *Rev. bioét. (Impr.)* [Internet]. 2013 [acesso 6 abr 2022];21(3):389-96. p. 390. Disponível: <https://bit.ly/3Km6wwH>
32. American Society for Reproductive Medicine. Posthumous retrieval and use of gametes or embryos: an Ethics Committee opinion [Internet]. 2018 [acesso 6 abr 2022];110(1):45-9. Disponível: <https://bit.ly/3ThQckD>

Larissa Cristina Lourenço – Magíster – larissac.lourenco@outlook.com

0000-0002-3620-1619

Correspondencia

Larissa Cristina Lourenço – Rua Felipe dos Santos, 117, Vila Gonçalo CEP 35452-242. Itabirito/MG, Brasil.

Recibido: 22.2.2021

Revisado: 10.8.2022

Aprobado: 16.8.2022