

2020

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA ETAPA POST MORTEM

La fertilización post mortem, silencio legal y realidad socio
jurídica

AUTOR: FRANCO MANUEL LAMBRECHT
DIRECTORA: PAULA FREDES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO NEGRO
TRABAJO FINAL DE GRADO
AÑO 2020

Dedicatorias y agradecimientos:

GRACIAS

A la Universidad Nacional de Rio Negro, por la posibilidad para poder estudiar, formarme como profesional y ayudarme a crecer a nivel personal.

A mi Madre, a mi Padre, a mi hermana Valentina, a mi nona, a mi tía, primos, familiares, amigos y compañeros que siempre estuvieron presentes con su confianza y palabras de apoyo en todo momento. Contar con ellos ha hecho que el camino hasta hoy sea menos difícil.

Agradecimiento especial a la **Dra. Paula Fredes**, quien además de haber sido mi profesora, se ha puesto a mi disposición como directora para la elaboración del presente trabajo final de grado.

A mi querido abuelo Goyo, quien siempre me acompañó

A un amigo y gran persona, José Luis Foulkes en sus memorias.

Resumen

En retrospectiva, cuando en el siglo XIX Vélez Sarsfield redactó el Código Civil no pasaba por la mente del jurista más imaginativo que un hijo pudiese nacer tiempo después desde de la muerte de su padre. En la actualidad, con el avance de la tecnología y la ciencia, existe la opción de congelar gametos y embriones, creando la posibilidad de que, tras la muerte del marido o conviviente, la mujer solicite ser fecundada con semen congelado de aquél, para de esta manera continuar con el plan de parentalidad que tenían en conjunto. En razón de esto, estas técnicas de reproducción humana asistida post mortem despiertan debates bioéticos que transitan por la vía de determinar si es adecuado que un niño nazca deliberadamente en el marco de una familia monoparental.

Al respecto, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, elaborado por la comisión redactora, contemplaba el artículo 563 que expresamente regulaba la fertilización post mortem en las Técnicas de Reproducción Humana asistida, pero fue quitado del texto definitivo al pasar por la cámara de senadores ya que recibió fuertes críticas por parte de varios sectores, entre ellos, de la iglesia católica. Esta quita significó el origen de un vacío legal que genera inseguridad jurídica, conflictos y vulneración de los derechos de quienes se someten a estas técnicas. A pesar de ello, su silencio no implica prohibición, así ha sido resuelto en reiterados casos jurisprudenciales en los que se han obtenido sentencias favorables a dicha práctica con basamento en uno de los principios que surgen de nuestra carta magna el cual dispone que *“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* y que, además denotan que cada vez son más las personas que se someten a esta práctica. Por lo tanto, sobre todo a ellos es a quienes se les debe una respuesta, en búsqueda de una posible ley que ponga fin a este vacío legal, otorgando seguridad jurídica y resguardando derechos fundamentales. Ante la ausencia de reglamentación, el rol de los jueces es trascendental y constituye la única herramienta para resguardar esos derechos.

Silenciar no es la opción para el mundo jurídico frente a las ciencias de la vida que avanzan sin costo en materia de derechos de las familias y de la persona.

Palabras claves: Vacío legal – silencio legal – bioética – técnicas de reproducción humana asistida – fertilización post mortem – Anteproyecto – Código Civil y Comercial Nacional

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO 1.	9
BIOÉTICA.....	9
1.1 Conceptualización.....	9
1.2 Bioética y Derecho	10
1.3 Bioética en el código Civil y Comercial.....	11
<i>Derechos sobre el cuerpo humano</i>	12
<i>Comienzo de la existencia de la persona humana</i>	13
<i>Manipulación genética</i>	13
<i>Consentimiento informado para actos médicos</i>	14
<i>Sexualidad y género</i>	14
<i>Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)</i>	15
1.4 Naturaleza jurídica del embrión no implantado.....	15
CAPÍTULO 2.	17
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	17
2.1 Introducción y antecedentes históricos.....	17
2.2 Conceptualización.....	18
2.3 Clasificación	19
2.3.1 Técnicas de baja complejidad	19
2.3.1.1 Coito programado.....	20
2.3.1.2 Inseminación artificial (IA)	20
2.3.2 Técnicas de alta complejidad.....	20
2.3.2.1 Fecundación in vitro (FIV)	21
2.3.2.2 Inyección intracitoplasmática (ICSI).....	22
2.3.2.3 Trasferencia intratubárica de gametos (GIFT).....	22
2.4 Evolución legislativa de las TRHA.....	22
2.4.1 Ley 26.862 y su decreto reglamentario 953/2013	24
2.4.2 Impacto del Código Civil y Comercial	26
2.4.2.1 Filiación por voluntad procreacional	27
2.4.2.2 Consentimiento como exteriorización de la voluntad.	28
2.4.2.2.1 Forma del consentimiento	29
CAPÍTULO 3	31
FERTILIZACIÓN POST MORTEM	31
3.1 Introducción	31
3.2 Conceptualización.....	32
3.3 Análisis del artículo 563 del anteproyecto del Código Civil y Comercial.....	34

3.3.1 Voces en contra.....	37
3.3.2 Voces a favor	38
3.4 Realidad jurisprudencial	40
3.4.1 G.,AP. s/autorización	41
3.4.2 S.,M.C. S/ MEDIDA AUTOSATISFATIVA.	42
3.4.3 K.J.V c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo.	43
3.4.4 “A., C.V. C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE S/ AMPARO”.	44
3.4.5 “N.O.C.P S/ AUTORIZACIÓN”.....	46
3.4.6 “C.,M. S S/ AUTORIZACION JUDICIAL”	47
Jurisprudencia que denegó	48
3.4.7 “D.M.H. Y otros s/autorización”	48
3.4.8 “C., E. s/AUTORIZACION”	49
3.5 Efectos del vacío legal y derechos comprometidos	50
3.6 El problema del consentimiento presunto.....	52
3.7 Consentimiento informado y la posibilidad de llenar el vacío legal.....	55
3.8 La cuestión en el derecho comparado	56
3.8.1 España	56
3.8.2 Cataluña	57
3.8.3 Inglaterra	57
3.8.4 Portugal	58
3.8.5 Bélgica.....	58
3.8.9 Uruguay	59
CONCLUSIONES	60
Bibliografía.....	64

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo final de grado constituye el último requisito académico para acceder al título de grado de la carrera de Abogacía en la Universidad Nacional de Río Negro, el mismo tiene por objetivo analizar y problematizar el silencio legislativo que gira en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como lo es la fertilización post mortem. El nuevo Código Civil y Comercial que empezó a regir el 1 de agosto del 2015, se ha presentado como un código basado en el principio de igualdad y no discriminación, sin embargo, la eliminación del instituto de la fertilización post mortem ha dejado fuera del marco legal la previsión de situaciones que acontecen en la realidad con la desprotección que ello implica para las personas. Siendo objetivo del trabajo efectuar un análisis del modo en que esta figura pretendía ser regulada, viendo sus posturas en contra y a favor, marcando las consecuencias de su omisión, analizando los casos jurisprudenciales que han puesto en evidencia la necesidad de contar con una ley especial que regule la materia y subsane el vacío legal que tenemos hoy en día. También se verá como ha sido receptada esta figura en los ordenamientos extranjeros.

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana. La ciencia ha llegado a dominar el proceso procreativo, separándola del acto sexual y convirtiéndolo en un acto médico o una opción que se les da a las parejas de lograr el deseo de convertirse en padres mediante estas técnicas.

Asimismo, aprovechando su conexión con la temática elegida, se pretende definir la noción de Bioética, su relación con el derecho, marcando sus principios y mencionando los debates bioéticos en la legislación Argentina, además, para lograr una mayor comprensión, se buscará conceptualizar las técnicas de reproducción humanas asistidas, describiendo y clasificando las técnicas que se encuentran previstas en el ámbito nacional, tanto en la ley 26.862 como en su decreto reglamentario (956/13), marcando el impacto que ha tenido en el Código Civil y Comercial, siendo reconocida como tercera fuente de filiación, donde el vínculo entre quien dio a luz y el hombre o la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, se llama voluntad procreacional.

La ley mencionada en el párrafo anterior, legisla sobre los deseos que tienen dos personas, quienes, encontrándose en matrimonio o convivencia, prestan en vida el consentimiento libre, informado y expreso para ser padres con auxilio de las técnicas de reproducción humana asistida. Ahora bien, producto de la vida misma y de situaciones imprevistas, pueden ocurrir varias circunstancias en las que se termine recurriendo a la práctica de la FPM, así, puede pasar que la pareja a raíz del sometimiento a tratamientos invasivos por padecer una enfermedad terminal tenga riesgos de quedar estéril y por tal motivo, brindan el correspondiente consentimiento informado y crioconservan el material genético de forma previa para que luego puedan ser utilizados en un tratamiento de fertilización asistida, posterior a ello, por causas de la enfermedad fallece el hombre y es la mujer quien se presenta con la intención de continuar con el proyecto utilizando el material resguardado, o también, como se ha manifestado en casos que se judicializaron, puede suceder que el marido o conviviente fallezca de forma inesperada, por ejemplo, a raíz de un accidente de tránsito, acudiendo la mujer a la justicia para obtener la extracción de material genético y su posterior fecundación, demostrando la presunción de la voluntad procreacional de quien falleció.

Finalmente, la Fertilización Post Mortem (FPM) es la Técnica de Reproducción Humana Asistida que tiene lugar ante la eventual situación en la que uno de los cónyuges o convivientes fallece durante el proceso de dichas técnicas. En principio, se produce en el cuerpo de la persona gestante superviviente luego del deceso de su cónyuge o pareja conviviente. La FPM constituye la opción de continuar el proyecto de familia que tenía con la persona luego de su fallecimiento. En cuanto a su modalidad, puede realizarse de distintas formas, conforme al artículo 563 del anteproyecto del Código Civil y Comercial, sólo se preveía la posibilidad de la implantación del embrión criopreservado que hubiese sido fecundado in vitro antes de la muerte del cónyuge o conviviente, denotando un alto nivel de restricción. Pero la realidad jurídica demuestra que además de este caso, también puede llevarse a cabo mediante la fecundación con material genético del fallecido, extraído en vida y preservado, o mediante la extracción una vez muerto. Si bien es cierto que puede producirse la muerte de la mujer y que sea el hombre quien quiere continuar con el proyecto parental, o bien en parejas homosexuales, en el presente trabajo, por una cuestión de extensión, me limitaré a analizar el caso de una pareja heterosexual en la que fallece el hombre, dado que es uno de los casos más frecuentes que se dan en la

jurisprudencia, y también, porque de lo contrario necesitaría abordar la figura de la gestación por sustitución que excede la temática elegida.

Ante esta situación, nos encontramos con un vacío legal que, en muchos casos, pone en riesgo el derecho a la salud, a la identidad, a formar una familia, a la vida privada y favorece un avance de la ciencia que no siempre es ético. En consecuencia, traído el caso a sede judicial, será la judicatura quienes deban ponderar el juego de estos derechos o sus contraposiciones, en pos de la pacificación familiar en clave de Derechos Humanos.

Con este trabajo se propone aproximar a Abogados, operadores del Derecho, estudiantes, personas que deseen someterse a estas técnicas o a simples lectores, en el área de las TRHA e introducirlos en el particular instituto de la Fertilización Post Mortem como un supuesto especial.

Dicho esto, con el presente trabajo se buscará responder a las siguientes preguntas.

¿Qué es la Bioética? ¿Qué relación tiene con el derecho? ¿Cuáles son los debates Bioéticos que han surgido en torno al CCyC? ¿Qué son las técnicas de reproducción humana asistida? ¿En qué consisten? ¿De qué manera pueden llevarse a cabo? ¿Qué tipos existen? ¿Cómo están reguladas en nuestra legislación? ¿Quiénes pueden acceder a este tipo de técnicas? ¿Quiénes son padres? ¿Entre quienes surge el vínculo jurídico? ¿Por qué es importante la voluntad procreacional? ¿De qué forma se exterioriza el consentimiento? ¿Ante quién? ¿Se puede revocar? ¿De qué manera? ¿Hasta qué momento?

Sobre todo, partiendo de las siguientes interrogantes ¿Qué sucede si en pleno tratamiento de reproducción asistida, la pareja o cónyuge de la persona que va a gestar fallece? ¿Es posible continuar con la técnica asistida? ¿Y si de allí nace un niño, este nacimiento genera vínculo post mortem con la persona fallecida? ¿Podrá llevar su apellido? ¿Cómo ha sido tratada la fertilización post mortem en la jurisprudencia argentina? ¿Qué proponía el anteproyecto del código civil y comercial en su artículo 563? ¿Por qué fue dejado de lado? ¿Cómo se encuentra regulado en otras legislaciones? Y finalmente concluyendo ¿Hubiese sido suficiente la regulación que proponía dicho artículo? ¿Qué solución sería viable para subsanar el silencio legislativo?

En cuanto a su metodología, se ha decidido dividir el trabajo en tres capítulos, yendo de lo general a lo particular. El primero de ellos dedicado al estudio de la bioética, a partir de distintas posturas doctrinarias y siguiendo los debates bioéticos que se han

planteado en torno al nuevo Código Civil y Comercial. En segundo lugar, se le dedica un capítulo a las Técnicas de Reproducción humana asistida, obteniendo una conceptualización y clasificación por parte de la doctrina, ley 26.862 de Acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida, su decreto reglamentario 956/13, y analizando cómo se recepta dicha figura a través del CCyC, marcando la importancia de la voluntad procreacional como generador del vínculo filial a través de la exteriorización del consentimiento previo, libre e informado. Por último, en el tercer capítulo, se estudiará la figura de la fertilización post mortem como una posibilidad dentro de las TRHA, abordando el concepto a partir de distintas doctrinas, analizando cómo se pretendía regular la figura en el artículo 563 del anteproyecto del CCyC, viendo sus voces a favor y en contra, estudiando los casos jurisprudenciales que han surgido, y prestando especial atención en cómo se receptó en el derecho comparado. A partir del análisis desarrollado se buscará concluir proponiendo una forma de subsanar el vacío legal, con la finalidad de generar seguridad jurídica, tanto para las personas que se someten a dicha práctica, como para los centros de salud, los nacidos de la misma y los operadores jurídicos.

CAPÍTULO 1.

BIOÉTICA

1.1 Conceptualización

Acuñaado a principio del siglo XX por el filósofo y pastor protestante Fritz Jahr, el vocablo bioética surge en los años 70' en los Estados Unidos, cuando Potter¹, un médico perteneciente al área oncológica resaltó en su libro *“bioethics bridge to the future”* la necesidad e importancia de unir la biología con las humanidades. Con el paso del tiempo, este nombramiento fue dotado de conceptos y fundamentos que abarcaron distintas y complejas problemáticas, hasta convertirse en la ciencia que es en la actualidad, cuyo contenido engloba lo científico, tecnológico, y lo social (Casado M. G., 2017)². En un primer lugar, se la puede definir como el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, a la luz de valores y principios morales (Francisco, 1995)³.

También, puede ser definida, como una ciencia que se ocupa del análisis y valoración de los problemas éticos envueltos en nuestra comprensión de la vida, cuya complejidad e importancia surge a partir de que la ciencia y la medicina han desarrollado nuevas técnicas que desafían los conceptos de vida y muerte (Robert, 2018)⁴. Se destaca que el objetivo de la Bioética no es determinar una única posición correcta, sino que el mismo se vincula con colaborar en la resolución de los diversos dilemas que surgen, promoviendo la reflexión crítica, la evaluación y valoración de los principios morales, por lo cual, lo que motiva la bioética es la necesidad de construir diálogos que permitan reflexionar sobre el impacto de los avances científicos en la sociedad en general y, conforme al presente trabajo, en el derecho de las familias. Actualmente, se incluye dentro de la bioética, los problemas que han surgido de las técnicas de reproducción humana asistida, aborto, eutanasia, trasplantes, identidad de género, fecundación post mortem, entre otros. La Bioética acompaña a la legislación vigente y al gran avance de la medicina,

¹ Rensselaer Potter fue un bioquímico estadounidense, profesor de oncología en el Laboratorio McArdle de Investigaciones sobre Cáncer de la Universidad de Wisconsin-Madison por más de 50 años.

²Casado, M. (2017). “Bioética”. *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS)*

³ Francisco, L. J. (1995). Dignidad humana, libertad y bioética .

⁴ Robert, V. (2018). Bioética. Relacion con el derecho. Un repaso por algunas normas de Bioetica contenidas en el Codigo Civil y Comercial. *AL DIA* .

estudiando los valores que cada individuo posee, como el de tener su propia identidad, formar una familia a través de las diversas formas que existen sin ser discriminado, etc.

La bioética se estructura de cuatro principios básicos que ayudan a la búsqueda de respuestas a los problemas que se producen con el avance de la biotecnología, por un lado, se observa el *principio de autonomía*, que se refiere a la capacidad de las personas de deliberar sobre sus finalidades personales, actuando bajo la dirección de decisiones que pueda tomar, teniendo el derecho a decidir sobre su vida y su salud. Todos los individuos deben ser tratados como seres autónomos y quienes tengan la autonomía mermada tienen derecho a la protección, en el tema en cuestión, importa la relación médico-paciente en la cual éste último tendrá libertad de someterse o no a un tratamiento luego de recibir información clara, completa y comprensible.

El *principio de beneficencia*, que básicamente busca hacer el bien, actuando en beneficio de los demás, sin perjudicarse a sí mismo.

El *principio de no maleficencia*, que se interpreta como una obligación de no hacer daño o mal a otro.

Y, por último, *el principio de justicia* con la finalidad de comprender si una actuación es ética o no, valorando si la misma es equitativa y está al alcance de todos que lo necesiten, es decir, significa el acceso igualitario y la utilización equitativa de recursos médicos disponibles, disminuyendo situaciones de desigualdad sociales, económicas, ideológicas, etc. (Sambrizzi, 2018)⁵. En caso de darse un conflicto de principios éticos, los de no maleficencia y justicia, al ser de nivel público y obligatorio, están por encima de los de beneficencia y autonomía, considerados de nivel privado.

1.2 Bioética y Derecho

Uno de los aspectos centrales de la bioética está en el reconocimiento de pluralidad de opciones morales que caracteriza a las sociedades actuales y en propugnar la necesidad de establecer un mínimo de acuerdo, por medio del cual, los individuos que pertenecen a “comunidades morales” diversas pueden considerarse ligados por una estructura común que permita la resolución de conflictos con el suficiente grado de acuerdo. Por otro extremo, si no hay acuerdo, el derecho deberá establecer los límites de lo permitido, de

⁵ Sambrizzi, E. (2018). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La ley Thomson Reuter.

ahí deriva la relación entre la bioética y el derecho, entendido como una norma de conducta que emana de la voluntad de todos (Casado M. G., 2002)⁶.

La relación entre estos es innegable y manifiesta, conformando una unión de carácter intrínseco, en el que los aportes del derecho y la bioética son esenciales, y dirigidos a una misma finalidad, que es el respeto por los derechos humanos fundamentales. La bioética proporciona herramientas para la toma de decisiones que afectan valores y en las que resulta de especial importancia el proceso de elaboración y el análisis de las pautas que deben regir la acción en lo referente a la intervención técnica del hombre sobre su propia vida y el medio en el que la desarrolla, que luego serán elevadas a normas jurídicas, se ocupa de analizar las implicancias éticas, jurídicas y sociales de los descubrimientos científicos y las aplicaciones biotecnológicas para proponer pautas justas a su tratamiento, por tal motivo, requiere del derecho a la hora de aplicar y dar efectividad a sus propuestas.

Al ocuparse el derecho y la bioética de la protección de la persona, su alianza permite el nacimiento del Bioderecho como disciplina transversal. El Bioderecho es el área jurídica compuesta por los casos y soluciones producidos en el desarrollo de la técnica en la vida en general y, particularmente, en la vida humana. Mientras la bioética se ocupa de los problemas que surgen con los avances tecnológicos, el derecho como ciencia social destinada a regular la conducta humana captará en sus normas las respuestas y soluciones que aporta la primera con el propósito de alcanzar la efectividad (Ciuro Caldani, 1997)⁷.

1.3 Bioética en el código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación, que comenzó a regir en nuestro país a partir del 1 de agosto del año 2015, contiene diversas normas que pertenecen al ámbito de la bioética, como mencioné al principio del capítulo, algunas de ellas están relacionadas con temas sensibles para la sociedad, como el comienzo de la vida, la manipulación genética, el fin de la vida, las técnicas de reproducción humana asistida, la naturaleza jurídica del embrión no implantado, la fertilización post mortem, etcétera.

A continuación, hablaré de algunas de las normas nacionales que han despertado un arduo debate en el área de la bioética.

⁶ Casado, M. G. (2002). ¿Por qué bioética y derecho? *Acta Bioethica Scielo*; año VIII n°2 , 183-193.

⁷ Ciuro Caldani, M. A. (1997). Introducción general al bioderecho. *bioética y bioderecho*, n°2 Rosario.

Derechos sobre el cuerpo humano

El nuevo código incorpora este tema al comienzo, en los títulos preliminares, capítulo 4 denominado “derechos y bienes”.

“Artículo 17.- derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.”

El citado artículo incorpora dos de los principios fundamentales de la Bioética, tanto el respeto a la dignidad del individuo como la no comercialidad del cuerpo humano y sus partes. Dicha norma crea una categoría de objeto de derechos que no tienen valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Parte de la doctrina señala que el cuerpo humano es la columna de la noción de persona, sobre la que no hay discusiones, pero el conflicto surge cuando se advierte que las distintas partes del cuerpo humano como tejidos, órganos, genes, etcétera, pueden ser separados y trasplantados o transferidos comercialmente. Allí, comienza el conflicto ético y surge la manifiesta relación entre Bioética y Derecho. Para algunos, el derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como así también a las distintas piezas anatómicas que del mismo puedan separarse, por lo tanto, estas forman parte del derecho de la persona y se encuentran dentro del derecho a la autodeterminación, encontrándose, por lo tanto, fuera del comercio. Por otro lado, la posición opuesta, sostiene que el cuerpo humano o sus partes pueden ser objeto de derechos patrimoniales, ya que creen posible separar los distintos elementos y darles valor pecuniario, permitiéndose introducirlos en el comercio, o bien transferirlos o patentarlos. Respecto a esta última posición, se advierten diversos conflictos, lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular y es inescindible de ella, ético, ya que se afecta la dignidad humana y al encontrarse en juego intereses patrimoniales y comerciales, podrían recaer en la comercialización de partes del cuerpo humano a grandes escalas por parte de grandes grupos empresarios (Robert, 2018)⁸.

No es un dato menor vincular el artículo 17 con los artículos 51 y 52 de dicho cuerpo normativo que regulan sobre la inviolabilidad de la persona humana y su dignidad.

⁸ Op cit N° 4

Comienzo de la existencia de la persona humana

“Artículo 19.- comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.”

La determinación del comienzo de la existencia de las personas humanas y los efectos jurídicos que se derivan ha sido uno de los temas que más se ha ocupado la bioética. La cuestión fundamental radica en determinar que se entiende por concepción, puesto que dicho concepto no surge de la citada norma, para lo cual hay que remitirse a un análisis integral del ordenamiento, de la ley 26.862⁹, como también de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *“Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”*. Regresando al artículo 19, se entiende por concepción el momento de la anidación/implantación ¹⁰, aunque no existe un criterio unánime ya que otros sostienen distintas posturas, como la teoría de la fecundación, singamia, formación del sistema nervioso central.

Manipulación genética

“Artículo 57.- prácticas prohibidas. Está prohibida toda practica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”.

El citado artículo configura un límite a las nuevas tecnologías aplicadas a la vida humana, será en la práctica donde deban configurarse los límites respecto a cuándo dicha alteración puede producirse, desde el punto de vista médico. Se relaciona también con el artículo 58¹¹, que establece los requisitos que deben cumplir las investigaciones, métodos de prevención, pruebas, tratamientos en seres humanos.

⁹ Ley que regula la cobertura médica en técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

¹⁰ Los defensores de esta teoría postulan que el inicio de la existencia del ser humano como tal, está supeditada fijación del embrión a la pared uterina.

¹¹ **Artículo 58 Código Civil y Comercial.** .- Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, solo puede ser realizada si se cumplen con los siguientes requisitos: a) describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación ;b) ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas ;c) contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación ;d) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente ;e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga ;f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable ;g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación ;h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal ;i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida ;j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.

Dicha norma básicamente prohíbe las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia tendiendo a evitar su manipulación con fines eugenésicos (Bergel, 2014)¹².

Consentimiento informado para actos médicos

El CCyC en el artículo 59¹³, ubicado en el capítulo de los derechos y actos personalísimos, regula el consentimiento informado para actos médicos, estableciendo que el paciente, en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal, exprese su voluntad haciendo uso del derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de alimentación, o al retiro del soporte vital. Antes de tomar esta decisión el paciente deberá recibir una información clara y precisa.

El consentimiento informado parte de la idea de reconocer al paciente su autonomía. Asimismo, vislumbra reglas jurídicas que establece conductas para los médicos en su interacción con los pacientes y reglas éticas que tienen raíz en la autonomía de la voluntad, la cual le asegura al paciente el derecho a la autodeterminación cuando deba tomarse una decisión médica al respeto (Flah, 2014)¹⁴.

Sexualidad y género

Mediante la reflexión bioética comenzó a resquebrajarse la identificación entre sexo, género y deseo como determinante de la identidad jurídica. La ley 26.618 de matrimonio igualitario había modificado en el año 2010 varios artículos del código

¹² Bergel, S. (2014). La Bioética en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 1-19.

¹³ **Artículo 59 Código Civil y Comercial.** - *Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.*

¹⁴ Flah, L. (2014). La incorporación de la bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación . Sup. especial nuevo Código Civil y Comercial (Cita online: AR/DOC/3837/2014).

vigente en ese tiempo y la ley del nombre, consagrando la igualdad de derechos y obligaciones de los matrimonios entre personas del mismo o distinto sexo. El código civil y comercial valoró en el artículo 402¹⁵ la igualdad de derechos, obligaciones y efectos de la unión matrimonial entre personas del mismo o distinto sexo.

Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

El nuevo CCyC regula los efectos filiatorios de las técnicas de fecundación artificial, estableciendo como criterio rector para la misma, la voluntad procreacional, permitiendo la donación anónima de gametos y autorizando el acceso restringido a los datos del donante por parte del concebido por estas técnicas. Sin embargo, prevé la posibilidad de revelar la identidad del donante por razones fundadas por cuestiones de salud.

Del anteproyecto del CCyC se ha quitado la referencia explícita a la maternidad por sustitución, mal llamada como alquiler de vientres, y también, ha sido eliminado el artículo 563 del anteproyecto, que da fundamento a la realización de este trabajo, el cual propone analizar la figura de la fertilización post mortem (Lafferrière, 2015)¹⁶.

1.4 Naturaleza jurídica del embrión no implantado

El tema que más debate ha generado en la regulación de las Técnicas de reproducción Humana asistida, en adelante TRHA, es la naturaleza jurídica del embrión¹⁷ in vitro o no implantado. Este tema ha ocasionado cierta resistencia de los grupos conservadores, en especial de la iglesia católica. Así como este actor social se opuso en su momento al divorcio, más tarde al reconocimiento del matrimonio igualitario y a la ampliación de derechos que trae consigo la ley de identidad de género, también lo hace con las TRHA, dándole prioridad a la filiación biológica o por naturaleza y, en definitiva, las únicas relaciones hábiles para procrear de este modo serían las heterosexuales (Herrera, 2015)¹⁸.

¹⁵ **Artículo 402 Código civil y comercial:** *interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.*

¹⁶ Lafferrière, J. N. (diciembre de 2015). *El nuevo Código Civil y Comercial y la bioética*. Obtenido de Vida y ética año 16, N° 2: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1424/1/nuevo-codigo-lafferriere.pdf>

¹⁷ Se denomina **embrión** al organismo durante los primeros estadios de desarrollo, hasta alrededor de las primeras ocho semanas, a partir de allí, se lo llama feto. Tanto los embriones como los gametos, pueden ser conservados mediante el congelamiento en nitrógeno líquido, a través de lo que se denomina **criopreservación**.

¹⁸ Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: ABELEDOPERROT.

En caso de afirmarse que el embrión no implantado es persona, se pone en crisis y riesgo toda técnica de alta complejidad, como la fecundación in vitro, en la cual se forman embriones, se implantan los que tienen mayor potencialidad de desarrollo y se criopreservan los demás para futuros tratamientos. Al sostener esta postura tiene como consecuencia que los embriones no puedan usarse en un segundo intento, lo que implica que haya que implantarlos todos en una vez, generando un grave riesgo para la salud de la persona que se somete al tratamiento. Además, es una práctica poco realizada en la cotidianeidad, ya que hoy en día, se implantan como mucho, dos embriones en cada transferencia (Bladilo, 2017)¹⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, cuyas sentencias resultan obligatorias para Argentina por haber ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, se ha expedido al respecto en el caso “*Artavia Murillo y otros C/ Costa Rica*” del 28/11/2012, donde considera que la noción de concepción que menciona el artículo 4.1 de la convención Americana de Derechos Humanos acontece en las TRHA cuando el embrión es implantado en la mujer. Para arribar dicha conclusión utilizó, entre otros argumentos, que la Convención Americana de Derechos Humanos data del año 1969, época en la que no existía la posibilidad de realizar la FIV, y que dicho instrumento internacional debe ser interpretado dinámicamente.

Destacó a la luz de las pruebas producidas en el caso, que el descarte embrionario se produce tanto en los embarazos naturales como cuando se aplica la técnica de la FIV, entendiendo que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

Dejando en claro que la CIDH, ha tomado partido por considerar que el embrión no implantado no es persona porque, de lo contrario, se estaría prohibiendo, como dije anteriormente, una de las TRHA más utilizadas como lo es la FIV, y por la que nacen una gran cantidad de niños y muchas personas han satisfecho su derecho a formar una familia²⁰. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico Nacional como el Internacional-Regional es coincidente en entender que concepción cuando se trata de TRHA, acontece cuando el embrión in vitro es **implantado** en la persona.

¹⁹ Bladilo, A. (2017). *El status juridico del embrión no implantado. DELS*

²⁰ Op.cit N° 18

CAPÍTULO 2.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

2.1 Introducción y antecedentes históricos

Las TRHA fueron, en un principio, la respuesta a distintas causas que pueden originar que no se logre un embarazo deseado, como la esterilidad o infertilidad. La primera de ellas se entiende como la imposibilidad de concebir, en tanto que la infertilidad refiere a la dificultad de una pareja de finalizar una gestación satisfactoria o de llevar un embarazo a término luego de un año de vida sexual activa sin utilizar métodos anticonceptivos (Aizenberg, 2012)²¹. Sin lugar a dudas que ésta concepción en la actualidad es limitada o restrictiva. Sucede que la reproducción asistida representa el medio por el cual miles de personas y parejas del mundo logran alcanzar la maternidad/paternidad sin problemas de salud de por medio.

Hoy en día, constituyen un medio para obtener la filiación con independencia de la sexualidad, en la que se protege el deseo de ser padre o madre o la voluntad de querer tener un hijo mediante las TRHA. Tal es así, que a los fines de establecer la filiación por voluntad procreacional el CCyC no exige el requisito de infertilidad o esterilidad en los beneficiarios, solo basta con el deseo reproductivo exteriorizado de la manera que lo exige el cuerpo normativo mencionado.

La reproducción asistida ha sido considerada como un logro de la ciencia contemporánea. En 1866 James Marion Sims, ginecólogo de Estados Unidos, logró por primera vez un embarazo por inseminación. El primer ser humano concebido fuera del seno materno, conseguido mediante fecundación in vitro (FIV), fue logrado por los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards en 1976, que resultó en el nacimiento de Louise Brown el 25 de Julio de 1978 en Reino Unido. A partir de allí, la ciencia ha avanzado a pasos agigantados y con el tiempo comenzaron a surgir técnicas de mayor

²¹ Aizenberg, M. (2012). El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. *Ediciones INFOJUS*, 47-72.

complejidad, a raíz de la posibilidad de crioconservar gametos y embriones (Falótico, Yael - Pietra, María Luciana, 2015)²².

El primer caso en Argentina de nacimiento a través de FIV, se produjo en la provincia de Tucumán el 7 de febrero de 1986. El matrimonio estaba en búsqueda de un hijo, por lo que decidieron someterse a esta nueva experiencia procedimental. Del mismo se obtuvieron 6 embriones en laboratorio que posteriormente fueron transferidos al útero de la mujer, dando a luz a los mellizos Pablo y Eliana Delaporte. A partir de entonces, en nuestro país, las TRHA fueron evolucionando y perfeccionándose (Wille, 2018)²³.

2.2 Conceptualización

Las TRHA han abierto cauces nuevos de maternidad y paternidad, separando la reproducción humana de sexualidad y siendo posible el nacimiento de niños sin contacto sexual y la consecuente condición heterosexual para alcanzarla. Así, siguiendo el principio de realidad, uno de los tantos pilares sobre los que se edifica el CCyC, estas técnicas reproductivas permiten, entre otras variantes, el embarazo de mujeres a edades adultas, mujeres que deciden llevar adelante el proyecto de maternidad solas recurriendo a la donación de esperma sin la necesidad de estar en matrimonio o pareja, la posibilidad de que una mujer pueda gestar a un niño con óvulos de su pareja del mismo sexo o también, que una pareja conformada por personas de distinto sexo se sometan a las técnicas porque por alguna dificultad no pueden concebir, pudiendo aportar material genético propio, recurrir a óvulos o esperma de un tercero, entre otras.

Han sido definidas como el conjunto de procedimientos mediante los que se intenta acercar, a través de la ciencia, el espermatozoide al óvulo, para de esa manera lograr el embarazo. Originariamente, surgieron con el fin de superar la esterilidad masculina, y posteriormente se extendieron también a los problemas femeninos (Pietra, 2007)²⁴. Por su parte, Medina las define como las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial,

²² Falótico, Yael - Pietra, María Luciana. (2015). Filiación por TRHA. En A. M. Chechile, *Derecho de Familia conforme al nuevo CCyC* (pág. 385 y ss). Buenos Aires: ABELEDO PERROT

²³ Wille, G. (30 de agosto de 2018). Como cambió al mundo la reproducción asistida. *La Nación*.

²⁴ Pietra, M. L. (2007). *Derechos del niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida*. Buenos Aires: ABELEDO PERROT.

así como toda otra técnica de efecto equivalente que posibilite la procreación por fuera del proceso natural (Medina & Roveda, 2016)²⁵.

Por otro lado, la ley nacional de *acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida* N° 26.862 menciona en su artículo segundo que “*se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.*”

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.

2.3 Clasificación

Del artículo 2 de la ley mencionada en el punto anterior y de su decreto reglamentario 956/13, se desprende que hay dos tipos de clasificaciones para las TRHA. Primero las determinadas por la complejidad de la técnica. Por un lado, están las *técnicas de baja complejidad* y por otro, las *técnicas de alta complejidad*. La segunda clasificación será según se utilice material genético propio de la pareja o de un tercero donante. En el caso de que el gameto masculino que se le introduce a la mujer durante su periodo fértil sea de su cónyuge o pareja, estaremos frente a la *fertilización homóloga*. Mientras que, si para lograr la fecundación se utiliza la donación por parte de un tercero, será *fertilización heteróloga*.

En este apartado describiré brevemente las técnicas de asistencia a la procreación más difundidas, ellas son:

2.3.1 Técnicas de baja complejidad

Son las técnicas más sencillas y menos invasivas. Las técnicas de baja complejidad son, según el artículo segundo del decreto 956/13 “*aquellas que tienen por objeto la unión entre el óvulo y el espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino*” lo que se correspondería con el tipo de fecundación intracorpórea. Siguiendo dicho cuerpo normativo expresa que estas técnicas son “*logradas a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e*

²⁵ Medina, G., & Roveda, E. (2016). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: ABELEDO PERROT.

inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante”.

2.3.1.1 Coito programado

Consiste en una estimulación leve de la ovulación y controles ecográficos periódicos que tienen como finalidad conocer el número de folículos presentes en los ovarios y de programar el momento más oportuno para tener relaciones sexuales. Dicha técnica es utilizada en parejas que aún no tienen un diagnóstico de infertilidad o esterilidad, o bien, que no logran el embarazo por causas desconocidas ²⁶.

2.3.1.2 Inseminación artificial (IA)

Es el método más sencillo y menos costoso que consiste en el depósito del semen en forma no natural, mediante un catéter, en el tracto genital femenino para conseguir una gestación. Esta técnica puede llevarse a cabo con el semen de su conyugue o pareja (*IAC, homóloga*) o con semen de un tercero donante (*IAD, heteróloga*). De esta manera se produce la fecundación y el embrión se forma en el ambiente natural (SEF, 2012)²⁷.

Esta técnica adquirió importancia a partir de la creación de los “bancos de semen” donde se los mantiene congelados con la posibilidad de descongelarlos sin perder la capacidad fecundante. Es utilizada para resolver problemas de esterilidad masculina como la falta de movilidad de espermatozoides y también, para algunas disfunciones sexuales femeninas como defectos en la calidad del moco del cérvix uterino, que en este caso actúa como una barrera que impide el ascenso de los espermatozoides hacia el útero y las trompas.

2.3.2 Técnicas de alta complejidad

Las técnicas de alta complejidad son más costosas. Son aquellas en las que la unión entre el ovulo y el espermatozoide se produce en el laboratorio, es decir, de manera extracorpórea, fuera del sistema reproductivo femenino para posteriormente transferir los embriones obtenidos al útero. Se trata de la fecundación citro intracitoplasmática de espermatozoide, la crioconservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

²⁶ Consultado en https://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida

²⁷ SEF. (2012). *Saber mas sobre fertilidad y reproducción asistida - Sociedad española de fertilidad*. Madrid: MSH impresiones.

2.3.2.1 Fecundación in vitro (FIV)

La fecundación in vitro es una técnica que consiste en poner en contacto los gametos masculinos –espermatozoides- y los femeninos –ovocitos- en el laboratorio, para de esta manera lograr la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer. Una vez obtenido el embrión se lo colocará en el útero de aquella que gestará el embarazo (SEF, 2012)²⁸.

La FIV es empleada normalmente en aquellas mujeres que presentan problemas o lesiones en las trompas de Falopio o mala función del ovario, también en los casos en los que la calidad del semen es deficiente. Básicamente, es el principal tratamiento para la esterilidad cuando otros métodos no han tenido el éxito deseado. El procedimiento implica disponer de un número elevado de ovocitos y para obtenerlos se requiere un tratamiento de estimulación hormonal de los ovarios. Una vez obtenidos serán fecundados en un medio líquido por espermatozoides que han sido obtenidos previamente de su pareja o de un donante. El ovocito así fecundado será transferido al útero de la mujer, en vistas a que anide en el útero y continúe su desarrollo hasta el parto.

Para lograr la FIV normalmente se parte de la estimulación ovárica de la mujer y del congelamiento del semen. Para evitar todas las complicaciones emocionales y físicas que genera este procedimiento, se suelen crear más embriones de los que van a ser utilizados y serán congelados a la espera del resultado del primer intento. La ventaja de mantener embriones sobrantes en nitrógeno líquido es que si no se consigue concebir en el primer intento, los pacientes pueden reintentarlo utilizando los embriones congelados, sin tener que realizar el procedimiento desde un principio, es decir, solo tendrían que realizar la transferencia de los mencionados embriones, sin volver a realizar la estimulación, extracción y fecundación (Medina & Roveda, 2016)²⁹. Además, otra de las ventajas de mantener gametos o embriones criopreservados es que en caso de que fallezca el hombre que ha prestado el consentimiento para llevar adelante las técnicas, deja la posibilidad a la mujer de fertilizarse post mortem, lo que será analizado en el capítulo 3.

Por otro lado, el aspecto negativo es que actualmente se carece de una ley que regule el futuro de estos embriones criopreservados, los que no pueden ser donados a la

²⁸ Op cit N° 27

²⁹ Op cit N° 25

ciencia ni descartados. La única opción que tienen sus titulares, es el uso propio por ellos mismos, o bien, donarlos a terceros. Al respecto, considero que este tema merece ser tratado en un trabajo aparte, sería de vital importancia contar con una ley de protección de embriones no implantados para finalizar con la inseguridad jurídica que dicho vacío legal genera tanto para sus titulares, como para las clínicas o centros especializados.

2.3.2.2 Inyección intracitoplasmática (ICSI)

La fecundación in vitro con micro inyección intracitoplasmática, conocida como ICSI por sus siglas en inglés, permite solucionar los casos más graves de esterilidad masculina. A diferencia de la FIV, consiste en inyectar un espermatozoide directamente dentro del óvulo. Los pasos anteriores a la inseminación son igual que en una FIV, solo cambia la técnica de inseminación. Para llevar adelante la ICSI se requiere un solo espermatozoide por óvulo, mientras que en la FIV son necesarios entre 50.000 y 100.000 (SEF, 2012)³⁰.

2.3.2.3 Trasferencia intratubárica de gametos (GIFT)

Esta técnica es utilizada en algunos tipos de infertilidad femenina. Se diferencia de la FIV en que los espermatozoides y los óvulos son colocados directamente en la trompa de Falopio por laparoscopia. Si la fecundación resulta exitosa, el óvulo es trasladado al útero, igual que en un ciclo natural (S.E.F, 2008)³¹.

2.4 Evolución legislativa de las TRHA

En los últimos años se han producido importantes avances legislativos en relación a las TRHA que han impactado en el campo del derecho de Familia, sobre todo en el derecho filial, que se reflejan en el CCyC vigente desde el 1 de agosto de 2015.

Las TRHA son utilizadas en nuestro país desde hace muchos años, tanto por parejas infértiles como por personas solas o familias homoparentales, que de otra forma no podrían ser padres/madres. Sin embargo, este proceso no era acompañado desde el plano legislativo, en el cual primaba un silencio absoluto en el código de fondo. Sucede que las TRHA involucra cuestiones de índole ética, como la criopreservación de embriones, el descarte de embriones sobrantes, la naturaleza jurídica del embrión no

³⁰ Op cit N° 27

³¹ S.E.F. (2008). *Importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproducción asistida*. Madrid: Imago Concept.

implantado, etc. Pero luego de 30 años de vacío legal, comenzó a construirse lentamente la regulación de las TRHA en Argentina. Las bases sobre las cuales se edifica la regulación de la materia se fundamentan en la constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en ella mediante el artículo 75 inc. 22, conjuntamente con el aporte de la jurisprudencia y doctrina, receptando los principios de igualdad, no discriminación, el derecho a la autonomía personal, derecho a la salud, derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho a la vida familiar, derecho a gozar el avance tecnológico y científico y el reconocimiento de otros tipos de familias (Iturburu Rodriguez, 2015)³².

Por otra parte, generalmente los tratamientos son muy costosos por lo que las personas que no cuentan con los suficientes recursos no podían acceder a estas técnicas. Es así que comenzaron a plantearse acciones de amparo con la finalidad de lograr que las empresas de medicina prepaga y las obras sociales les brindaran cobertura. La mayor parte de los casos que se judicializaban sobre la materia se referían a la cobertura social, razón por la cual era necesario contar con una ley que regule el acceso y así se hizo. El 5 de junio de 2013 se sanciona la ley de **acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida 26.862**, que establece entre otras cosas, que las obras sociales y prepagas deben cubrir los tratamientos. Más tarde, el 19 de Julio de 2013 se dicta **el decreto 956** que reglamenta la mencionada ley, admitiendo tratamientos de baja y alta complejidad y haciendo referencia a la autoridad de aplicación, que será el ministerio de Salud y la Superintendencia de servicios de Salud. Consagra expresamente que no se requiere infertilidad ni imposibilidad de concebir para ser beneficiario de estas técnicas³³.

Mediante estas leyes y siguiendo el principio de la realidad, no sólo se puso fin a los recursos de amparo para obtener la cobertura social del tratamiento, sino que también estos antecedentes sirvieron para la sanción del CCyC.

³² Iturburu Rodriguez, M. (2015). La regulacion de las técnicas de reproduccion humana asistida en la actualidad. *SAMeR*.

³³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>

2.4.1 Ley 26.862 y su decreto reglamentario 953/2013

Como mencione anteriormente, garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida siguiendo los principios internacionales de derechos humanos.

Su artículo 7° prescribe el derecho humano de “*acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida*” a “*toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con profesionales e instituciones de salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer*”.

Se desprende del texto de la ley que se acepta el acceso amplio a las técnicas, garantizando la posibilidad a parejas de igual o distinto sexo, casadas o que se encuentren conviviendo, y también para hombres o mujeres que no conforman parejas, tengan o no problemas de fertilidad, se les reconoce a todas ellas los procedimientos de inseminación homóloga y/o heteróloga mediante el empleo de técnicas de alta o baja complejidad vistos en los apartados anteriores. Estos procedimientos deberán realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación³⁴. La autoridad de aplicación de la presente ley, es el Ministerio de Salud de la Nación (artículo 3).

La normativa central es el artículo 8° de la ley que regula la cobertura, es decir, qué prestaciones se integran al Programa Médico Obligatorio (PMO) y deben ser solventadas por las obras sociales, prepagas y el sector público. Al respecto dice que se incorporan “*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 de 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*

³⁴ Conferido artículo 5° ley 26862

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 un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro". De esta manera, la ley regula el supuesto que compromete la guarda de gametos o tejidos reproductivos cuando una persona incluso menor se somete a tratamiento de ciertas enfermedades de gravedad, como el cáncer, cuyas terapias producen infertilidad, en esos casos la normativa mencionada expresa la cobertura de la criopreservación del material genético o tejidos para que la persona el día que desee pueda tener un hijo con su propia genética.

Si bien el acceso es integral, el decreto se encarga de reglamentar que una persona *"podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos"*. Además, se exige como principio general que el beneficiario *"deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres intentos previos de baja complejidad"* excepto que causas medicas justifiquen el uso directo de las técnicas de mayor complejidad.

En el caso de que *"se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos"*. *"Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento*

debidamente prestado por el donante”³⁵. Esta regulación tiene como finalidad evitar la donación directa o intrafamiliar, es decir, la reglamentación al imponer el requisito de que los gametos provengan siempre y exclusivamente de los bancos, impide que los usuarios de las TRHA puedan elegir a su donante.

2.4.2 Impacto del Código Civil y Comercial

El 7 de octubre de 2014 se sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el cuál entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Se trata de un código que apunta a la igualdad real, protegiendo a las partes más débiles en las relaciones jurídicas, basándose en el paradigma no-discriminatorio y respetuoso de las características de la sociedad multicultural, un código que cuando de derecho de familia se trata, opta por llamarlo derecho de las familias en plural, regulando una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista (Perez, 2016)³⁶.

En este contexto se incorpora la regulación de las TRHA como tercera fuente filial, diferente a la filiación por naturaleza y adoptiva, con características y rasgos que le son propias, donde no interesa el vínculo biológico o genético, ni tampoco el jurídico como en el caso de la adopción, sino el volitivo, la voluntad de ser padres y madres independientemente de quien aporte el material genético para conseguirlo.

Así, dicho cuerpo legal denomina “**Filiación**” al título V del libro segundo, y en su artículo 558 del capítulo 1 dispone que: “*La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación*”. Este artículo establece la igualdad de efectos de la filiación por adopción plena, por naturaleza, o bien, por TRHA, expidiéndose certificados de nacimiento sin indicación de la fuente filiatoria, protegiendo de esta manera la integridad del niño³⁷.

³⁵ Conferido artículo 8° decreto reglamentario 956/13 (ver http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/normativas/ley_26862_y_reglamentacion.pdf)

³⁶ Perez, A. (2016). Nuevo Código Civil y técnicas de reproducción humana asistida a la luz de los principios de igualdad, no discriminación y autonomía de la voluntad.

³⁷ Conferido artículo 559 CCyC

Es a partir de este título y del citado artículo que el CCyC regula todo lo referido al ámbito de filiación, haciendo referencia a los aspectos más relevantes de las TRHA en el capítulo 2 como, la instrumentación, los requisitos y la forma del consentimiento como también su posible revocación, la voluntad procreacional, los vínculos filiales, el anonimato del donante, entre otros. Estas cuestiones sobre las TRHA, serán analizadas en los puntos precedentes.

2.4.2.1 Filiación por voluntad procreacional

La voluntad procreacional entendida como el deseo de ser padres con total independencia de si estos aportan el material genético o no, es el eje central sobre el cual se edifica la determinación de la filiación de los niños que nacen mediante las TRHA. Es tan importante que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del consentimiento informado, formal y libre en los términos que regula el CCyC, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA. Siguiendo a Gil Domínguez, puede ser definida como “el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas” (Gil Dominguez, 2015)³⁸.

En la filiación por naturaleza prima el vínculo biológico nacido del acto sexual, en la filiación por adopción se materializa a partir de la sentencia judicial que pone fin al proceso de adopción y en la procreación asistida el vínculo que surge de la voluntad procreacional.

Siguiendo a Krasnow, en estos casos la voluntad procreacional desplaza a la verdad biológica, exteriorizándose a través del consentimiento informado (Krasnow, 2017)³⁹. Por lo tanto, quien a través de dicho consentimiento manifiesta la intención de tener un hijo será su padre o madre, de forma tal que el donante del material genético no pueda reclamar la paternidad biológica mediante acciones filiatorias.

En definitiva, en los casos de filiación por TRHA se le da primacía a la intención y deseo de tener un hijo, así lo resuelve el CCyC en los artículos 560, 561,562 que se analizarán seguidamente.

El CCyC prevé en su artículo 562 que “*los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer*

³⁸ Gil Dominguez, A. (2015). La voluntad procreacional como derecho y orden simbolico . pág. 13/14.

³⁹ Krasnow, A. N. (2017). La filiacion por tecnicas de reproduccion humana asitida en el codigo civil y comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad . *Derecho privado n° 32* , 175-217.

que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos". Se puede afirmar que la voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, asumir la responsabilidad de criarlo y educarlo, que por ello contiene el elemento volitivo mediante el cual surgen las obligaciones y derechos de la relación paterno filial que en el campo de las TRHA es la fuente típica de creación del vínculo.

2.4.2.2 Consentimiento como exteriorización de la voluntad.

El consentimiento es un acto formal que constituye uno de los elementos trascendentales de la filiación por TRHA, siendo que mediante éste se produce la exteriorización de la voluntad.

Para someterse a las TRHA la persona debe manifestar su consentimiento pleno, libre e informado ante el centro de salud que las va a llevar a cabo. Por lo que debe manifestarse sin vicio ni modalidad alguna, previa indicación del método que se utilizará y sus consecuencias, debiendo ser protocolizado ante escribano público o certificado por la autoridad sanitaria local.

Expresa el artículo 560 del CCyC que *"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"*.

Del citado artículo se desprende que las personas que deben prestar el consentimiento son las siguientes:

Donante de gametos: tiene que prestar su consentimiento informado para la utilización de su material genético el cual debe ser renovado para cada práctica. Podrá revocarlo mientras el espermatozoide o el óvulo no haya sido utilizado. Además, al donante se le deberá informar que:

- El centro de salud interviniente en la práctica podrá dar la información relativa a datos médicos del donante, cuando sea relevante por circunstancias médicas para la persona nacida con ese material genético (artículo 564 CCYC)⁴⁰.

⁴⁰ Es dable recordar que los artículos 563 y el mencionado 564 se ocupan del derecho a la información de las personas nacidas por TRHA. Nuestro CCYC ha adoptado un sistema de anonimato relativo con la cual se garantiza la existencia

- No es admisible para él (donante) el reconocimiento, ni el ejercicio de la acción de filiación o reclamo filial respecto del niño con el que se encuentra vinculado genéticamente (artículo 577 CCYC).
- No se genera vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que en la adopción plena (artículo 575 CCYC).

Consentimiento de quien encarga la técnica con gametos propios: quienes se someten a estas técnicas aportando sus propios gametos tienen que prestar su consentimiento para establecer la filiación, y debe ser renovado cada vez que se produzca la utilización de gametos o embriones. Así, por ejemplo, si después de haber sido creado el embrión el hombre no presta el consentimiento para la implantación del mismo en la mujer, no podrá concebir.

El fundamento de la renovación del consentimiento se encuentra en que el eje de la filiación por voluntad procreacional está situado justamente en la voluntad y no en la genética, por lo cual, si alguno de los que requieren la técnica no renuevan su consentimiento, el procedimiento no podrá continuar. El CCyC ha dado una solución fundamentada en la autonomía de la voluntad, por ello exige que para cada técnica se cuente con el consentimiento de quienes solicitan la práctica (Medina & Roveda, 2016)⁴¹.

Asimismo, las personas que encargan la técnica con gametos de terceros donantes tienen que prestar su consentimiento para establecer la filiación sin vínculo genético con el hijo, que no podrá impugnarla por inexistencia de nexo biológico.

2.4.2.2.1 Forma del consentimiento

El artículo 561 dispone que *“la instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”*.

Deberá contener los siguientes requisitos:

de donantes y la satisfacción del derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, la libre elección del plan de vida y el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético.

⁴¹ Op cit N°25

- **Escrito:** atento a la importancia que reviste para determinar el vínculo jurídico filiatorio no se admite que la voluntad se realice informalmente.
- **Protocolizado:** debe ser protocolizado frente a escribano público para dar seguridad a la voluntad procreacional.
- **Certificado:** de no ser protocolizado, puede ser certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente.
- **Previo:** es de vital importancia que el consentimiento sea previo a todo proceso de inseminación o implantación, y a su vez, debe renovarse cada vez que se utilizan gametos o embriones.
- **Informado:** debe ser informado sobre los aspectos médicos y legales, cumpliendo con la ley 26.529 que dice que se entiende por “*consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional médico interviniente, información clara, precisa y adecuada*”⁴² sobre los riesgos, las consecuencias, los procedimientos, etc.

El citado artículo, siguiendo el principio de la libertad, dispone que el consentimiento “*es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*”. La alusión de la posibilidad de ser revocado hasta cierto momento sigue la línea legislativa de la ley 26.862 que en su artículo 7° prevé que “*el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer*”.

⁴² Artículo 5 ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (2009)

CAPÍTULO 3

FERTILIZACIÓN POST MORTEM

3.1 Introducción

La viabilidad de los gametos obtenidos *post mortem* está bien documentada en animales. Por ejemplo, en 1998 se logró fertilizar *in vitro* a temperatura ambiente con espermatozoides provenientes de ratones, veinticuatro horas post mortem. Pruebas que también se registraron en caninos, ciervo rojo, equinos machos, entre otros (Carina, 2016)⁴³. Pero cuando este avance científico y tecnológico se aplica al ser humano despierta voces desde la Bioética, que como se vio en el primer capítulo, es la disciplina llamada a hacer una crítica constructiva y constante de lo que podemos aceptar éticamente de la tecnología aplicada a la vida humana.

Una noticia publicada el 26 de Julio del 2012 por el diario Clarín, dio a conocer el siguiente conflicto socio jurídico: “Mariana y Santiago, llamémosle así, se casaron en 2005. Pasaron cinco años intentando un embarazo hasta que fueron a un centro de reproducción para hacerse una fertilización asistida. Criopreservaron su material genético, firmaron el consentimiento para un posterior implante, pero a los pocos días se enteraron que Santiago tenía cáncer. Nueve meses después, Santiago murió y ella tuvo que recurrir a la justicia para que la autorizara a usar el semen de su marido fallecido”⁴⁴.

Las TRHA antes descriptas, involucran además del vacío legal sobre la gestación por sustitución otro conflicto que impacta directamente en la cuestión filial como lo es el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja que se somete a dicha práctica médica. Surgen así las siguientes interrogantes ¿Qué sucede si en pleno tratamiento de reproducción asistida, la pareja de la persona que va a gestar fallece? ¿Es posible continuar con la técnica? ¿Si de dicha técnica nace un niño, éste generará vínculo post mortem con la pareja fallecida? ¿De ser así, qué derechos tendrá?

La fertilización post mortem constituye un supuesto especial de TRHA que se encontraba contemplado en el anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y

⁴³ Carina, J. (11 de agosto de 2016). El proyecto de vida parental más allá de la muerte. Se suma otro antecedente jurisprudencial argentino. Al día - Cita: MJ-DOC-9990-AR, págs. 1-15.

⁴⁴ https://www.clarin.com/sociedad/codigo-civil-incluirea-fecundacion-mortem_0_B10eAYb3DQg.html

Comercial y que fue quitado en el debate en la cámara de Senadores, generando un vacío legal en nuestra legislación que provoca conflictos y vulnera derechos. Como adelanto, al igual que la gestación por sustitución o también conocida como alquiler de vientres, la fertilización post mortem creó grandes controversias en la doctrina nacional y, sobre todo, una importante presión por parte de la Iglesia Católica para que ésta figura no quedase contemplada en el texto definitivo.

3.2 Conceptualización

Antes de continuar, me parece oportuno hacer una aclaración terminológica. Sucede que en la doctrina jurídica se observa que los conceptos de: inseminación post mortem, filiación post mortem y fertilización post mortem, se utilizan de manera similar. Si bien dichos vocablos son análogos, no significan lo mismo. Así, veamos que, por un lado, la *inseminación post mortem* se refiere a la técnica intracorpórea mediante la que se colocan los gametos del difunto en el cuerpo de la persona que llevará adelante la gestación, pero excluye la fecundación in vitro. El concepto de *filiación post mortem* se refiere a la posibilidad de que un niño/a sea reconocido jurídicamente como hijo de una persona que falleció con anterioridad a su concepción. También, especialistas en el Derecho de Familias utilizan este concepto para hacer referencia a las acciones iniciadas con posterioridad a la muerte de un presunto progenitor y al reconocimiento de un presunto hijo. Y finalmente, el término *fertilización post mortem* (en adelante **FPM**) el cuál es seleccionado para referirse a dicha modalidad en el presente trabajo final de grado por ser más abarcativo que los anteriores y, además, es el término adoptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia. Por lo antes dicho, ésta técnica puede llevarse a cabo luego del fallecimiento e incluye tanto la fecundación de óvulos de la mujer –con semen criopreservado y/o extraído con posterioridad al fallecimiento–, como la transferencia embrionaria (C., E. s/ AUTORIZACIÓN, 2020)⁴⁵.

Respecto a su conceptualización, veamos cómo se la define en la doctrina:

Se puede decir que se trata de una especie de TRHA que se lleva a cabo luego de la muerte de uno de los miembros de la pareja conviviente o del matrimonio (Ditieri, Cortese, & Demaría González, 2018)⁴⁶. Ésta práctica de FPM, involucra una cuestión filial con respecto a un niño/a que puede nacer de dicho procedimiento que se destaca por

⁴⁵ C., E. s/ AUTORIZACIÓN, 14133/2018 (Juzgado civil 7 05 de Febrero de 2020).

⁴⁶ Ditieri, M., Cortese, G., & Demaría González, G. (2018). Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión. En *Derecho y ciencias sociales* (págs. 62-81). UNLP y FCJ: ISNN.

el fallecimiento de una persona que exteriorizó con anterioridad su voluntad procreacional.

Según Salituri, la FPM constituye un supuesto especial de las técnicas de reproducción humana asistida, cuya característica central radica en que se lleva a cabo después de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio (Salituri Amezcua, 2017)⁴⁷. Respecto a las modalidades que surgen de los casos jurisprudenciales que serán analizados detenidamente más adelante, puede suceder que la técnica se realice con un embrión criopreservado a la pareja, generado durante la vida de ambos, o bien que el embrión sea generado post mortem con material criopreservado del fallecido u obtenido a través de la extracción cadavérica.

Por otro lado, siguiendo a Juan Michel Fariña, titular de Psicología, Ética y Derechos Humanos de la UBA, expresa que la FPM se aplica en casos en los que existe la voluntad procreacional, pero que, por una fatalidad, ésta se vio impedida. En estos casos, se espera que la madre transmita la función y el legado del hombre fallecido al hijo o hija por venir.

Así, se puede concluir el apartado afirmando que, la FPM es la **Técnica de Reproducción Humana Asistida** que tiene lugar ante la eventual situación en la que uno de los cónyuges o convivientes fallece durante el proceso de dichas técnicas. En principio, se produce en el seno de la mujer superviviente luego del deceso de su cónyuge o pareja conviviente (Bergamini, 2015)⁴⁸. La FPM constituye la opción de continuar el proyecto de familia que tenía con la persona luego de su fallecimiento. En cuanto a su modalidad, puede realizarse de distintas formas, conforme al anteproyecto sólo se preveía la posibilidad de la implantación del embrión criopreservado que hubiese sido fecundado in vitro antes de la muerte del difunto, pero la realidad jurídica demuestra que además de este caso, también puede llevarse a cabo mediante la fecundación con material genético del fallecido, extraído en vida y preservado, o mediante la extracción una vez muerto. Si bien es cierto que puede producirse la muerte de la mujer y que sea el hombre quien quiere continuar con el proyecto parental, o bien en parejas homosexuales, en el presente trabajo, por una cuestión de extensión, me limitaré a analizar el caso de una pareja heterosexual en la que fallece el hombre, dado que es uno de los casos más frecuentes que se dan en la

⁴⁷ Salituri Amezcua, M. (2017). Jurisprudencia Argentina en materia de fertilización post mortem. *DELS*, <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/119>.

⁴⁸ Bergamini, M. (2015). Filiación Post Mortem: realidad socio-jurídica en el marco del nuevo código. *Identidad y Filiación - comisión n° 14*, 1-10.

jurisprudencia, y también, porque de lo contrario necesitaría abordar la figura de la gestación por sustitución que excede la temática elegida.

3.3 Análisis del artículo 563 del anteproyecto del Código Civil y Comercial

El presente apartado tiene por finalidad examinar cómo se proponía regular la figura de la FPM en el anteproyecto, señalando las voces a favor y en contra.

Como se anticipó, en nuestro país se pretendió regular esta temática mediante el artículo 563 del anteproyecto del código civil y comercial, cuya redacción fue eliminada del CCyC, efectivamente sancionado mediante la ley 26.944, luego del debate parlamentario en la cámara de senadores de la nación.

Así las cosas, el artículo en cuestión pretendía regular ésta figura bajo el título de “*filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*” la cual establecía que:

*“en caso de muerte del o la conyugue 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”⁴⁹.*

Esta normativa que solo preveía la posibilidad de implantar el embrión fecundado con anterioridad al fallecimiento y criopreservado, fue quitada durante el debate parlamentario, por lo tanto, en el texto definitivo del CCyC se modifica el artículo 563 y se suprime la posibilidad de que la persona preste su consentimiento para que los embriones se transfieran a la mujer dentro del plazo de un año posterior a su fallecimiento. No obstante, a pesar de dicha eliminación, la FPM no habría desaparecido del todo, ya que el artículo 2279 que integra el texto definitivo del CCyC, ubicado en el libro quinto

⁴⁹ Conferido de proyecto de Código Civil y Comercial – Redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011. Presidida por Ricardo L. Lorenzetti; Elena Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci.
<http://www.esuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/AnteproyectoCodigoCivil2012.pdf>

dedicado a la transmisión de derechos por causa de muerte, establece que las personas que pueden suceder al causante son:

- “a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;*
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;*
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;***
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento”.*

Si bien no es objetivo del presente trabajo inmiscuirse en la cuestión sucesoria, como se puede observar, el inciso “c” prevé de manera restrictiva la capacidad de heredar de la persona que naciere como consecuencia de una FPM siempre que existiere consentimiento informado en los términos que regula el CCyC. De este modo, habría quedado regulada la fertilización post mortem en torno a la capacidad para suceder, facultad que se tiene siempre que haya existido voluntad procreacional conforme lo establece el artículo 561 de dicho cuerpo normativo. A diferencia del artículo suprimido que solo se refería a la transferencia post mortem de embriones, el artículo 2279 no distingue entre embriones o gametos.

La norma a la que remite la normativa sucesoria mencionada resulta restrictiva, ya que, si en la primera oportunidad fracasará el procedimiento, al no poder contarse nuevamente con otro consentimiento informado, no sería posible llevar adelante un nuevo tratamiento por ausencia de voluntad procreacional debidamente exteriorizada en un consentimiento informado y formal. Ésta limitación da cuenta del carácter restringido de la normativa sucesoria en observación, de la que se puede concluir que dicha previsión ha quedado en el texto por omisión de quitarla como se hizo con el mencionado artículo 563 proyectado (Herrera, 2017)⁵⁰.

Volviendo al artículo 563, se puede afirmar que el anteproyecto establecía como regla la prohibición e inexistencia del vínculo filial, con las dos excepciones mencionadas en la parte final del mismo. Frente a la FPM existen tres posturas, las cuales son: su prohibición expresa, la regulación, o el silencio legislativo. En este caso, el anteproyecto se inclinaba por regularla solo en los casos de implantación del embrión criopreservado, brindándole seguridad jurídica a las partes intervinientes. Sin embargo, sin muchos

⁵⁰ Herrera, M. (2017). *Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas - InDret*, 1-21.

fundamentos se eliminó su regulación, ocasionando el vacío legal que motiva a la elaboración del presente trabajo final de grado.

A continuación, señalaré las posibilidades que de hecho pueden suceder y de derecho estarían reguladas con la versión del anteproyecto, denotando su alto nivel de restricción. Las opciones de hecho no amparadas por el anteproyecto se encuentran subrayadas (Perez, 2013)⁵¹.

A- Pareja heterosexual, fallece el hombre:

a) La mujer decide implantarse embriones. ✓

b) La mujer utiliza gametos crioconservados de su cónyuge o conviviente premuerto.

c) La mujer solicita la extracción compulsiva de semen de su cónyuge o conviviente.

B- Pareja heterosexual, fallece la esposa/conviviente:

a) El hombre opta por implantar un embrión en otra mujer accediendo a la gestación por sustitución

b) El hombre opta por utilizar gametos de la mujer para una vez creado el embrión recurrir a la gestación por sustitución

C- Pareja homosexual de mujeres

a) La sobreviviente recurre a implantarse embriones crioconservados producidos con gametos de la cónyuge premuerta y donante anónimo. ✓

b) La sobreviviente con gametos crioconservados de la fallecida y donante anónimo crea un embrión y se lo implanta.

D- Pareja homosexual de hombres

a) El sobreviviente recurre a implantar embriones crioconservados producto de los gametos del fallecido accediendo a la gestación por sustitución.

b) El sobreviviente con gametos crioconservados del fallecido y donante anónima crea un embrión y se lo implanta a una mujer mediante la gestación por sustitución.

El anteproyecto proponía una regulación rigurosa, en la que solo permitía esta técnica en los supuestos en los que se haya dejado consentimiento expreso de la voluntad procreacional después de la muerte y siempre que se tratase de embriones. Para otorgar seguridad jurídica a todas las partes, la misma debe prestarse cada vez que la persona o pareja se somete a las TRHA y en el caso de la FPM el consentimiento también debía ser

⁵¹ Perez, A. (2013). Buenos Aires: Fertilizacion post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida.

expreso y específico. De esto se extrae que las únicas personas habilitadas para ser usuarias de estas técnicas post mortem eran las mujeres supérstites, hayan sido pareja de un hombre o una mujer. Siendo una opción en la que se le da a la viuda la posibilidad de hacer uso de su derecho si desea continuar con el plan parental que venía proyectando con su pareja o cónyuge.

Por otra parte, es sabido que las normas jurídicas tienen un trasfondo moral del que no es dable prescindir, lo que lleva a efectuar una evaluación ética con respecto a la práctica de la FPM. Por este motivo, el artículo proyectado generaba opiniones contrarias entre quienes se manifestaban en contra de su regulación y quienes se expresaban a favor.

3.3.1 Voces en contra

Quienes se pronunciaban expresamente en contra de la FPM, afirmaban que, de permitirse este tipo de regulación, se estaría colocando a un niño *deliberada y conscientemente* a nacer huérfano, privilegiando el interés del progenitor y no así el del niño. Se suma a esta postura el argumento de que en la FPM se coloca a un hijo de forma voluntaria en un hogar disgregado, generando que nazca en el marco de una familia monoparental y menoscabando de manera directa el principio del interés superior del niño, constituyendo dicha práctica en un ejercicio abusivo y desmesurado del deseo de procrear. Asimismo, sostienen que, en caso de llevarse a cabo esta modalidad, se afectaría el desarrollo y la personalidad del niño atento a la falta de un progenitor y de su relación con el otro, resultando indiscutible el derecho de los hijos de ser concebidos, traídos al mundo y educados por ambos padres. Además, afirman que se pondría en juego el derecho de la identidad del niño ya que de no cumplirse con los requisitos que se preveían en el artículo 563 del anteproyecto, no se le podría reconocer vínculo filial con la persona fallecida (Ditieri, Cortese, & Demaría González, 2018)⁵².

Autores como Pedro Federico Hooft han sostenido que el derecho de todo niño de tener un padre y una madre, ofrece mayores posibilidades de alcanzar un armónico desarrollo bio-psico-social y espiritual, debiendo prevalecer por sobre el deseo de la mujer de procrear al margen de un grupo familiar pleno. Hooft agrega que, en principio, no parece razonable invocar un presunto derecho de la mujer de elegir el tipo de familia que desea constituir, cuando esa prerrogativa entra en colisión con los derechos del niño y las exigencias del bien común, debiendo en este tema el legislador, asumir la voz del sin voz,

⁵² Op cit N°46

haciéndolo prevalecer, resguardando la dignidad humana y no promoviendo situaciones que se estimen disvaliosas. Por otro lado, Zannoni también se ha pronunciado en contra de la FPM afirmando que no deberían autorizarse inseminaciones post mortem, ni tampoco admitir demandas de las viudas tendientes a recuperar el semen del esposo y, por el contrario, agrega que debería disponerse su destrucción, para evitar cualquier tipo de controversia que pueda surgir. Del mismo modo, Jaime Vidal Martínez ha sostenido que la práctica bajo estudio implica un ejercicio desorbitado del derecho de procrear, ínsito en el de fundar una familia, que como tal, concluye con la muerte del titular (Sambrizzi, 2012)⁵³.

Por su parte, María Inés Franck, del centro de Bioética de la universidad Católica Argentina opinaba que “existirán niños que nazcan en hogares conformados por su papá y su mamá y otros que hayan sido planificadamente gestados para ser huérfanos, como se habilita con la fecundación post mortem” añadía que “es grave la posibilidad de fecundación post mortem, ya que no es aceptable permitir deliberadamente orfandades amparadas por ley” (Perez, 2014)⁵⁴.

En resumen, quienes están en oposición de la fertilización post mortem, generalmente lo hacen fundándose en el supuesto de que con dicha técnica se generan niños huérfanos premeditadamente y que el embrión criopreservado es persona. En conclusión, según quienes se enrolan en esta postura, sólo es posible el tratamiento de las TRHA en la etapa post mortem en aquellos casos que existan embriones criopreservados con anterioridad al fallecimiento, pero no cuando se trate de material genético congelado a raíz de que el embrión sería persona.

3.3.2 Voces a favor

Por otro lado, quienes se pronunciaban a favor sustentaban su opinión en que se trata de distintas maneras de formar una familia debiendo ser todas respetadas y valoradas por igual, en tanto que la FPM se presenta como una alternativa para poder seguir adelante con el proyecto parental. Se trata de una opción que se le da al cónyuge o conviviente superviviente siempre que se cumpla con los requisitos previstos para asegurar los intereses de todas las partes que intervienen, de esta manera se requiere, consentimiento

⁵³ Sambrizzi, E. (2012). La fecundación post mortem. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial* (págs. 324-333). Buenos Aires: El Derecho.

⁵⁴ Perez, A. (2014). Fertilización post mortem: que dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país. *ABELED PERROT*, Nº: AP/DOC/2832/2013.

debidamente expresado, voluntad de continuar el proyecto parental por parte de la superviviente, entre otros.

Al respecto, Sergio Papier, ex director de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR) decía que “el hecho de que esté contemplado en una ley le da a esta figura una mayor solidez y respaldo tanto a pacientes, profesionales y centros de reproducción asistida”.

Los argumentos fundamentales de los académicos y profesionales que están a favor de esta práctica se basan en: la autonomía de la voluntad, el consentimiento expreso para la realización de la TRHA en la etapa post mortem, y en el reconocimiento de la diversidad de familias, cada una de ellas respetadas y valoradas como cualquier otro tipo.

Siguiendo esta línea se observa que los argumentos de quienes se oponen son discutibles por las siguientes explicaciones: no es cierto que la TRHA en la etapa post mortem sería una vía para traer niños huérfanos, porque es una causa fuente de familia monoparental, valorada y respetada como cualquier otro tipo de familia, así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “*Atala Riffo vs Chile*” y en “*Fornerón vs Argentina*” donde se reconoce que “*en la convención americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma*”, “*no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas*” (Bergamini, 2015)⁵⁵. Siguiéndose con la línea argumental, la FPM permite seguir adelante con el procedimiento de TRHA, y por lo tanto que un niño pueda nacer y que personas vean satisfecho su derecho a formar una familia continuando con su proyecto parental. Asimismo, he mencionado que quienes se oponen generalmente consideran que el embrión no implantado es persona, aquí es donde considero que incurren en una contradicción ya que, si el embrión in vitro fuera persona, justamente, la posibilidad de continuar el procedimiento a pesar del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, sería el único modo posible para darle vida a ese embrión. (Herrera, 2015)⁵⁶.

⁵⁵ Op cit N° 48

⁵⁶ Op cit N°18

El actual código civil y comercial, suprime de su texto el artículo en cuestión, de modo tal que queda sin regular la temática, ocasionando un silencio legislativo y dejando abierta la interpretación judicial.

3.4 Realidad jurisprudencial

Si bien hemos visto que se suprimió el artículo 563 proyectado, el silencio en el Código Civil y Comercial no implica prohibición. Una manifestación de la no prohibición se encuentra en los precedentes que se han dictado previa y posteriormente a la sanción del CCyC, inclinándose generalmente a favor de la FPM con diferentes matices, viniendo a subsanar el silencio normativo que impera hasta el día de la fecha.

De los casos que se analizarán a continuación se observa que existen diversas circunstancias donde la persona, en este caso el cónyuge o conviviente, fallece por distintas situaciones, ya sea porque transitaba una enfermedad de gravedad o por sufrir un accidente o un hecho inesperado. En estos casos es donde influye el consentimiento otorgado en vida para la posterior implantación luego de su fallecimiento, pero en los sucesos accidentales se puede observar que lo determinante ha sido la manifestación de la voluntad procreacional, debiendo demostrar la cónyuge o conviviente superviviente, el presunto consentimiento de quien falleció. Así, se desprenden distintas situaciones, en primer lugar y siendo que la persona fallece por una enfermedad de gravedad, se utilizará el consentimiento otorgado en vida durante el procedimiento de TRHA para continuar con la fertilización post mortem. Mientras que, en el segundo caso, ante la muerte inesperada, se acude a la FPM a través del deseo de ser padres, resultando de vital importancia que el material genético sea extraído rápidamente, siendo necesario para ello autorización judicial competente y testigos que demuestren el efectivo deseo del difunto.

A nivel mundial, el primer caso que se dio a conocer fue en el año 1984 en Francia, mediante el “caso Corinne Parpalaix” en el que, por primera vez, una mujer obtuvo sentencia favorable respecto de la posibilidad de someterse a la técnica de fertilización in vitro con el material genético criopreservado de su marido fallecido. Asimismo, también en Gran Bretaña se dio el hecho conocido como “caso Blood”, en el que la viuda Diana Blood sostuvo una batalla legal durante dos años para que la autorizaran a ser inseminada con espermatozoides de su marido muerto, el cuál fue extraído mientras el hombre estaba en coma.

Logró la autorización por parte de la corte de apelaciones en febrero de 1997, pero debía realizarse fuera del territorio británico (Perez, 2014)⁵⁷.

La entrada en escena de nuestro país se produjo en el año 1999. El hecho trata de una mujer de origen española que enviudó en Argentina durante su luna de miel. En consecuencia, solicita la extracción de semen de su difunto marido para poder trasladar dicho material genético a su país y allí realizar la TRHA. A causa de ello, interviene el consulado español obteniendo autorización judicial pertinente en razón de la falta de normativa que prohibiese la práctica de fertilización post mortem (Salituri Amezcua, 2017)⁵⁸.

3.4.1 G.,AP. s/autorización .

Tribunal de Familia de Morón N° 3 (21/11/2011)⁵⁹

Los hechos del caso eran los siguientes. Un hombre y una mujer habían contraído matrimonio en el año 2005. Luego de haber transcurrido un tiempo y varios intentos para lograr un embarazo, consultaron a un especialista que diagnosticó que la mujer tenía poliquistosis ovárica (conocida también como trastorno hormonal), por lo que deciden en junio de 2010 someterse a un procedimiento de TRHA *crioconservando su material genético* para utilizarlo luego de someterse al tratamiento que buscaba regular el sistema hormonal de la gestante. En esa misma época le diagnosticaron un linfoma al marido, a causa del cual falleció el 13/3/2011.

Posteriormente, meses más tarde y ante la negativa del centro de salud (Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida Procreate) de proseguir con el procedimiento de TRHA *utilizándose gametos* del marido premuerto, la mujer interpone una demanda de **acción declarativa de certeza** con el objeto de que el tribunal declare que no existe ningún impedimento para que el centro médico efectúe el implante de dicho material crioconservado.

La jueza hizo lugar al pedido iniciado por la cónyuge supérstite y autorizó la utilización del semen crioconservado del marido premuerto con el fin de intentar la TRHA que los médicos consideren más conveniente. Para resolver se basó, por un lado, en el principio de legalidad y reserva que emana del *artículo 19 de la Constitución Nacional*,

⁵⁷ Op cit N° 54

⁵⁸ OP cit N°47

⁵⁹ Tribunal de Familia N° 3 de Morón, 21/11/2012, G.,A.P”, AP/JUR/289/2011

reproducido también por el artículo 25 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, del cual se deriva el adagio “*todo lo que no está prohibido, está permitido*”. Por otro lugar, se basó en el consentimiento expreso por parte del marido de crioconservar su material genético para que sea utilizado posteriormente en el procedimiento de TRHA más apropiado. Y, por último, acude en la figura del **consentimiento presunto** para la realización de la FPM, deduciendo que, si el marido en junio de 2010 prestó su consentimiento y una vez diagnosticada la enfermedad, teniendo la posibilidad de retirar dicho consentimiento, no lo hizo, sería dable presumir que el consentimiento se mantuvo. También, se basó en testimonios de familiares del difunto quienes confirmaron el deseo que tenía de ser padre y el plan parental que tenía con su cónyuge. No se hizo ninguna referencia a eventuales derechos filiales ni sucesorios del nacido/a en relación al fallecido.

3.4.2 S.,M.C. S/ MEDIDA AUTOSATISFATIVA.

Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza. (7/8/2014)⁶⁰

La mujer de un matrimonio, luego del fallecimiento de su marido, solicita ante la justicia la autorización para poder someterse a un tratamiento de fertilización asistida con los **gametos de su esposo fallecido**, cuya **extracción** había sido autorizada anteriormente por la justicia. En primera instancia, le niegan la autorización argumentado que el marido no había renovado su consentimiento para la implantación post mortem basándose en los artículos del proyecto del CCyC (artículo 563, que posteriormente fue suprimido).

El caso fue apelado por la actora ante la Cámara Civil y Comercial de Mendoza, quien debió decidir si la FPM podía o no ser realizada teniendo en cuenta, la CN y Convenciones vigentes. Así, la alzada revocó el fallo otorgándole la pretendida autorización para utilizar el material de su marido fallecido con fines reproductivos basándose en los siguientes argumentos: consideró que si bien compartía los argumentos de la jueza de primera instancia, como el CCyC no estaba sancionado en ese momento correspondía aplicar la máxima de todo lo que no está prohibido está permitido (conferido del *artículo 19 de la Constitución Nacional*) agregándose la garantía legal de acceso integral a las TRHA mediante la ley nacional 26.862 y la aplicación de la doctrina de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”. Asimismo, ante la falta de consentimiento y, frente a la ausencia de normativa (en ese momento), el tribunal remitió

⁶⁰ C3°CCMPaz y tribunal de Mendoza, 7-8-2014, “S.,M.C s/Medida autosatisfativa”, Rubinzal Online, RC J 6303/14

al inicio del expediente en donde la esposa y la madre del fallecido se presentaron ante el juzgado requiriendo la *extracción del material reproductivo*, objetando ser las únicas herederas y siendo la propia madre quien firma el escrito expresando la voluntad de su hijo difunto, quedando firme la resolución y obteniendo su ejecución.

La alzada consideró que, en el hipotético caso de que naciera el niño/a, éste sería hijo del padre muerto, pero no tendría derechos sucesorios.

3.4.3 K.J.V c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo.

Juzgado Nacional en lo Civil N°3⁶¹.

Se presenta por derecho propio y promueve la demanda la Sra. J.V.K contra instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), Cryobank y Accord Salud. La actora relata que mantenía una relación de pareja con el Sr C.G.V desde el año 2001, *conviviendo* durante 10 años. Reconoce que durante la convivencia intentaron reiteradas veces concebir un hijo para lograr el ansiado proyecto familiar que mantenían en conjunto, pero les fue esquivo. Lo cual motivó a hacer averiguaciones de fertilización asistida.

Tiempo después, al hombre le detectan carcinoma epidermoide (cáncer de cabeza y de cuello) por lo que antes de comenzar el tratamiento de quimioterapia que afectaría al 100% sus espermatozoides, los decidió *crioconservar* en el centro de fertilidad para preservar la posibilidad de realizar la Fecundación in vitro.

En noviembre de 2011 se produjo el fallecimiento del señor C.G.V. que había dejado sus muestras de semen en el centro médico “fecunditas” hasta Julio de 2012, cuando fueron trasladadas al centro médico “Cryobank”.

Posteriormente, la actora decidió comenzar un tratamiento de fertilización en el Instituto de Medicina y Ginecología IFER previa autorización judicial para retirar las muestras y poder comenzar con el tratamiento, esto era así debido al traslado de las muestras del material genético. Así fue que la actora inicia una acción de amparo para solicitar retirar las muestras de esperma y poder acudir al tratamiento de fertilización post mortem, además solicita que la obra social se haga cargo de la cobertura total de dicha práctica.

⁶¹ **K.J.V c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo** Juzgado Nacional Civil N ° 3, 3/11/2014, confirmado por la Cámara Nacional Civil, Sala H La Ley Online: AP/DOC/715/2015. 17/04/2015

En primera instancia, el Juzgado Nacional en lo civil N°3 falló el 3/11/2014 admitiendo el amparo basándose en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el caso Mendocino que se narró con anterioridad, y en la exegesis de la ley 26.862 que contempla de manera integral todo tipo de práctica relacionada con la asistencia médica para la consecución del embarazo, en el caso de “Artavia Murillo” y en la existencia de la *voluntad presunta* del fallecido para que sus gametos sean utilizados posterior a su muerte.

En segunda instancia, la sala H de la cámara nacional confirmó la sentencia del *a quo* autorizando a la Sra. J.V.K a someterse a las TRHA con los **gametos criopreservados** por su difunto conviviente y condenó a la obra social a brindar cobertura del 100%.

En el fallo, nada se consideró en relación a eventuales derechos filiatorios y/o sucesorios.

3.4.4 “A., C.V. C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE S/ AMPARO”.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4, de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015⁶².

La señora C.V.A promovió acción de amparo contra el instituto de seguridad social (SEMPRE) pretendiendo que se lo condene a otorgar la prestación total e integral, necesaria y gratuita de la práctica de FPM y se autorice su realización en el centro asistencial PROCREARTE de Buenos Aires. Relata que mantuvo una relación consolidada con el Sr. O. A. C. desde enero de 2010 hasta octubre de 2014, cuando él falleció. Y ante la imposibilidad de concebir naturalmente por haber sido diagnosticada disminución de la reserva ovárica, recurrieron a las TRHA, precisamente a la *ovodonación*. Ambos integrantes de la pareja manifestaron su consentimiento en junio de 2014, constatado en la historia clínica presentada. Luego de prestar dicho consentimiento informado y con el ingreso al programa de fertilización asistida, la pareja fallece el 14 de octubre del mismo año de forma repentina. A raíz de ello, en el año 2015 solicitó al organismo demandado la cobertura médica integral para someterse a la FPM.

⁶² Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4, de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 3, Santa Rosa, La Pampa, 26/10/2016; Superior Tribunal de la Pampa - 31/10/2017 - La Ley Online: AR/JUR/100418/2017.

Con motivo de la presentación intervino la gerencia de prestaciones desde la cual se informó que la práctica solicitada se encontraba excluida del plan de fertilización, pero que teniendo en cuenta la ley 26.862, técnicamente sería viable su reconocimiento.

La demandante declara que la falta de otorgamiento de cobertura integral por parte de la obra social, vulneraría sus derechos a la salud contemplados en instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional y sostiene que también se vulnera el principio de legalidad previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La parte demandada argumenta que no existe ilegalidad ni arbitrariedad en la denegatoria ya que la cobertura pretendida por la afiliada no presenta regulación en el andamiaje jurídico de nuestro país.

Se decreta la cuestión de puro derecho, siendo allí donde la actora reitera los argumentos de su pretensión destacando la injusticia que implicaría tener que recurrir a las alternativas que la legislación prevé, como la donación anónima de gametos, cuando ya hay *embriones generados* con gametos de su pareja que ya ha fallecido de forma imprevista y con quien pensaba dar a luz a un hijo fruto del amor.

En consecuencia, se consideró que la denegatoria de la obra social SEMPRE se debió a que posterior al deceso del conviviente de la parte actora, ella misma solicita la cobertura médica integral, como también el proceso de FPM.

La situación se ha generado porque, a diferencia de lo que ocurre en la procreación por medios naturales, cuando se trata de TRHA el tratamiento comienza en un momento y la implantación del embrión se hace en otro, con lo cual es posible que durante ese lapso que hay entre uno y otro ocurran diversas contingencias. En este caso, falleció uno de los integrantes de la pareja después del fracaso de la primera transferencia de embriones y habiendo seis más criopreservados la mujer solicitó una nueva transferencia.

Lo que estaba en discusión en este proceso es la cobertura de la transferencia de embriones crioconservados durante un proceso de TRHA y no la de gametos de una persona fallecida.

El juez a cargo de la causa, amparándose en el CCyC reflexiona que la voluntad procreacional pretendida en vida por el cónyuge de la actora es notable y por tal motivo, se debe respetar. Por otro lado, destaca el respeto que se debe verter sobre los Derechos Humanos, la Convención de los DDHH y la ley 26.862, en donde se resguardan los

derechos de las gestantes, del deseo procreacional de la pareja que lo ha manifestado en vida y el cuidado del niño por nacer. En consecuencia, resolvió fallar a favor de la actora sancionando a la obra social SEMPRE, a cubrir la totalidad de los gastos de la implantación de embriones crioconservados en el centro médico PROCREARTE.

Posteriormente, el caso llega al superior tribunal de la Pampa ya que la parte demandada interpuso recurso extraordinario provincial contra la sentencia de la cámara de apelaciones siendo rechazado también por la Sala A del Tribunal Superior el día 31 de octubre de 2017 y, por ende, quedando firme la condena a otorgar la cobertura a la afiliada en el centro asistencial procreate.

3.4.5 “N.O.C.P S/ AUTORIZACIÓN”.

Juzgado Nacional en lo Civil N° 87 (5/5/2016)⁶³

En el caso, se presenta la Sra. C.P.N.O solicitando autorización para la utilización de *semen criopreservado* en el laboratorio S. de quien en vida fue el Sr. P.D.P. Relata que el 13 de septiembre de 2011 su marido se dirigía a su trabajo cuando el transporte en el que viajaba fue embestido por una formación ferroviaria (tragedia de Flores), lo que provocó su fallecimiento inesperado. Antes del fatal accidente, la peticionante y el difunto convivían como cónyuges y se encontraban en tratamiento de fertilización asistida, por lo cual y ante el deceso repentino, se requirió al Juzgado Federal interviniente la autorización judicial para la *extracción de semen cadavérico*, y concedida la misma el material extraído se encontraba crioconservado en el centro médico al que asistieron. Por el deseo y necesidad de continuar y finalizar el tratamiento, era necesario contar con la autorización judicial en reemplazo de la voluntad del cónyuge, razón por la cual años después de haber obtenido la autorización de extracción de material genético, la actora solicitó autorización para continuar adelante con el proyecto familiar.

La actora manifiesta que mantenían la ilusión de conformar una familia y al no poder lograrlo naturalmente acudieron a TRHA. Esto se constata con los testimonios de la hermana y madre del fallecido, como también de una compañera de trabajo. Quienes resaltaron el gran deseo de ser padre que mantenía el Sr. P.D.P.

En este caso, la actora y el difunto empezaban a transitar el camino de los tratamientos suscribiendo en el año 2011 el mentado documento y nada hacía prever el

⁶³ Juzgado Nacional Civil N° 87 - elDial AA9766. 05/05/2016

fatal accidente apenas tres meses después. A pesar del breve tiempo transcurrido, se consideró que la voluntad del fallecido era indudable, constatada por los testigos que se presentaron en el caso.

En esta oportunidad, los magistrados se basaron en el artículo 19 de la Constitución Nacional, manifestando que ninguna persona puede ser privada de lo que la ley no prohíbe, por consiguiente, la práctica de la FPM y la utilización del material genético del conviviente o cónyuge fallecido no se considera ilícita. Además, se utilizó como fundamento a los tratados Internacionales que protegen a la mujer, a la familia y a aquellos que hacen mención al interés de las vidas privadas de las familias.

Por esas razones, la magistrada autorizó a la actora, manteniendo el proyecto de conformar una familia, y ante todo lo expuesto, se hizo lugar a la petición, permitiéndole continuar con el procedimiento de FPM y utilizar los gametos crioconservados de quien en vida fuera su cónyuge. Asimismo, la jueza hace referencia a la *posibilidad de inscribir al niño que nazca con filiación paterna para respetar la verdad biológica* como concreción de su interés superior. Nada se dice respecto a la herencia.

3.4.6 “C.,M. S S/ AUTORIZACION JUDICIAL”

Juzgado de Familia de Casilda, Santa Fe. (15/11/2016)⁶⁴

En este caso, se trata de una pareja conformada en el 2009 que convivía desde el año 2011 y que había intentado en varias oportunidades consumar su deseo de ser padres a través de TRHA. En medio de dicho proceso, al hombre le diagnostican cáncer y fallece. La supérstite, informando que quedan cuatro *embriones criopreservados*, solicita que la autorización sea considerada consentimiento informado en los términos del CCyC y, por lo tanto, exteriorización de la voluntad, peticionando de esta manera, que el niño que nazca sea inscripto como hijo de la pareja. En el proceso se destaca que la única heredera legítima y forzosa es la madre del fallecido, quien no solo acompaña a la actora, sino que es testigo del proyecto de vida y sueños que tenía en común con su hijo.

Por su parte, el juzgado apela a que ni en el CCyC ni en la ley de TRHA ni en su decreto reglamentario se prohíbe la FPM, aunque "ninguno contempla expresamente el supuesto". La magistrada determinó que “en el caso, numerosos fundamentos la persuaden de la actualidad y vigencia de la voluntad prestada por el paciente al momento

⁶⁴ Juzgado Dist. Familia, Casilda Santa Fe - 25/11/2016 - Rubinzal Culzoni bajo referencia: RC J 7087/16

de su fallecimiento, en orden a continuar con éxito la implantación en el útero de su compañera”. Concluyó que "con una mirada constitucional y convencional y haciendo una interpretación integral, pero sobre todo sobre el principio de realidad, considero precedente declarar vigente y actual el consentimiento prestado por L. H. P. para la implantación de embriones criopreservados a la actora, M. S. C., autorizando a la nombrada a tales fines” resolviendo así “otorgar autorización judicial a M. S. C., para continuar con el tratamiento de fertilidad asistida, mediante la transferencia de embriones criopreservados, declarar vigente y actual el consentimiento informado suscripto por esta y su pareja pre-muerta L. H. P, debiéndose tener este por renovado en los términos previstos por arts. 561 y ss. del CCyC” y “no hacer lugar al pedido de oportuna inscripción del hijo por tratarse de un hecho incierto, en los términos que expresan los considerandos”.

Jurisprudencia que denegó

Al contrario de lo que suceden con los sumarios anteriores, donde las actoras de los distintos casos han obtenido respuestas favorables a sus peticiones, ha habido también dos casos en los que la respuesta negativa se impone destacándose la imposibilidad de presumir el consentimiento.

3.4.7 “D.M.H. Y otros s/autorización”⁶⁵

Así las cosas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B se expidió en el caso con fecha 3/4/2018 mediante el cual se confirmó la resolución del tribunal de primera instancia que le denegó a la actora la autorización para utilizar los *gametos criopreservados* de su pareja fallecida en un tratamiento de FPM ya que se consideró que no puede tenerse por prestado el consentimiento del fallecido debido a que en el formulario de depósito de los gametos, su padre invocó ser tutor del nombrado y esta representación era inexistente ya que este último contaba con plena capacidad y lucidez, tan es así que dos días antes había prestado su consentimiento informado para someterse a tratamiento de quimioterapia, por lo que mal puede interpretarse que se suplió la voluntad. Se consideró que la posibilidad de utilizar y transferir gametos criopreservados queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana, por lo que el consentimiento a tales fines no puede

⁶⁵ Juzgado Nacional Civil N° 7, 27/11/2017, confirmado por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B MJ-JU-M-110641-AR (3/4/2018)

presumirse (conf. Artículos 51, 53, 56 y 264 última parte, CCyC). Por lo antes expuesto, se confirma la resolución denegatoria.

3.4.8 “C., E. s/AUTORIZACION”

Juzgado Nacional Civil N ° 7 (5/02/2020)⁶⁶

En este caso, se presenta la señora E.C. ante el fallecimiento de su cónyuge M. L. T. solicitando autorización judicial para la utilización de *semen crioconservado* de aquél en un tratamiento de FPM. Manifiesta que ante el diagnóstico de cáncer y el riesgo de afectar su capacidad reproductiva procedieron a crioconservar el semen de aquél. A fines de demostrar la intención del difunto de construir un proyecto familiar con la actora, se presentan sus hermanos en calidad de testigo.

En el caso en cuestión se debió decidir si estando en vida, M.L.T. prestó su consentimiento libre e informado para que, luego de su fallecimiento, E.C iniciara un tratamiento de FPM utilizando los gametos crioconservados de aquél. Para ello se hace un análisis del anteproyecto del CCyC y de cómo se proponía regular la figura, de la regulación de las TRHA en el CCyC, la ley 26.862 y su decreto reglamentario y también, de los distintos casos jurisprudenciales resueltos en torno a la FPM. De todo ello se infiere *la importancia del consentimiento previo e informado en las TRHA* por actos entre vivos, por lo que, con mayor razón deberá exigirse dicho consentimiento en el caso que el material genético sea utilizado post mortem. De lo entregado como pruebas, no hay nada que indique que el Sr. M.L.T haya prestado su consentimiento, siquiera para una TRHA en general.

Por todo ello, fundándose sobre todo en los artículos 55,56,279,560,561 CCyC y basándose en la exteriorización de la voluntad procreacional como columna vertebral para determinar la filiación derivada de las TRHA considera que, autorizar la fertilización con el material genético del fallecido afectaría a sus derechos personalísimos, entendidos como aquellos que están íntimamente ligados con la personalidad y que son inherentes a ella y su dignidad e intrasmisibles. Agrega que, *tratándose el consentimiento de un acto personalísimo, no puede presumirse ni ser suplido por un tercero*. Por lo antes expuesto

⁶⁶ “C., E. s/AUTORIZACION” Juzgado Nacional Civil N ° 7 (5/02/2020) ElDial 14133/2018 elDial.com - AABA62

se resolvió denegar la autorización solicitada por considerar que no se encuentra configurado el consentimiento informado a fines de proceder a la técnica de FPM.

3.5 Efectos del vacío legal y derechos comprometidos

En la realidad actual, como se ha visto en el análisis jurisprudencial, resulta evidente que hay un reclamo social de este tipo de prácticas, la carencia de norma que regule este fenómeno desata dimensiones que se despliegan sin resguardo jurídico para quien escoja esta alternativa para formar una familia, para el niño por nacer y para la familia. La captación formal de dicho fenómeno generaría seguridad jurídica, en la actualidad, si bien no está prohibida, los centros de salud intervinientes requieren judicializar la cuestión, dependiendo entonces del criterio que sostenga el juez que intervenga en la causa. Este tipo de práctica, ha tenido una solución positiva en el reconocimiento del derecho a formar una familia, a la voluntad procreacional y a la autonomía de la voluntad. El derecho, como herramienta de orden y paz social, debe poner fin a esta inseguridad jurídica a la que están expuestas las personas que intervienen (Carina, 2016)⁶⁷.

Por otro lado, las lagunas normativas generan carencias axiológicas. Es así que, sin una norma, una abuela podría creer que está legitimada para solicitar que se concrete su deseo de ser abuela ante la muerte de su hijo, o la hermana del fallecido sosteniendo su derecho a ser tía. Así sucedió en Israel, donde, por ejemplo, la señora Rachel Cohen solicitó, ante la muerte de su hijo Kevin Cohen, que se autorizará la extracción de gameto post mortem para ser abuela a través de una mujer que ella eligiese y que aceptará llevar adelante la gestación. Finalmente, en el año 2007, el tribunal de Tel Aviv autorizó a una de las pretensas madres a proceder al tratamiento con el semen del soldado fallecido, y sin consentimiento de este a ser su madre del hijo en común (Carina, 2016).

Parte de la doctrina sostiene que se podrían perfectamente preservar los derechos en juego acudiendo a técnicas heterólogas, con material genético de un tercero, pero no debe perderse de vista el proyecto de familia que tenía la pareja y la voluntad de tener un hijo juntos, la cual puede ser demostrada mediante la documentación que acredite el recurso conjunto a un tratamiento, esto sería, el consentimiento informado. Si bien, esta necesidad ha sido absorbida por varios centros médicos que solicitan que los interesados expresen qué desean que se haga con sus gametos o embriones en caso de fallecimiento,

⁶⁷ Op cit N° 43

ello no es exigido por nuestra normativa, por lo tanto, carece de obligatoriedad. Es ante estos casos, en los que, si una persona fallece intempestivamente sin haberse manifestado al respecto, que se ve la necesidad de buscar una solución. Como consecuencia de ello, se ha recurrido al sistema de presunciones legales para determinar la voluntad del difunto y su tácito consentimiento (Bergamini, 2015).

Preocupa que el vacío legal deja cuestiones esenciales vinculadas a los derechos. En relación a los derechos del niño nacido o por nacer, debe mencionarse la incertidumbre de la que es objeto el vínculo filiatorio con su padre. Donde cabe preguntarse ¿Debe inscribirse al niño nacido por fertilización post mortem como hijo del fallecido? ¿Qué pasaría en el caso de que hubiese embriones criopreservados que hubiesen sido fecundados por material genético del supérstite y de un tercero? ¿Prevalece la voluntad procreacional sobre la identidad genética? ¿Tiene el niño nacido derecho a usar el apellido? ¿Y a reclamar alimentos? ¿Tienen derecho a suceder? ¿Debe haber algún límite temporal?

Hay quienes sostienen que debe considerársele hijo con fundamento en la identidad genética o voluntad de tener un hijo, también se menciona la posibilidad que tendría el hijo de intentar una acción de reclamación de paternidad alegando el vínculo biológico y voluntad procreacional, contra los herederos de su presunto padre. Por otro lado, también hay quienes consideran que debe excluirse de estos casos a los pre-embryones porque para ellos son considerados personas y tienen vínculo filial desde su formación (Bergamini, 2015). Más allá de cualquier opinión, hay algo que es indiscutible y es el derecho del niño a la identidad, amparado por la Convención sobre los derechos del niño⁶⁸, en sus artículos 7°, 8° y 9°, que consisten en que no se distorsione, recorte, o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto integrado por distintos aspectos como la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, política, religiosa y social de cada persona. El niño nace y se proyecta desde sí mismo, pero en relación con los demás y tiene derecho a ser el ser que realmente es y a ser reconocido por los demás con una identidad propia. Siendo uno de los aspectos más relevantes el ser reconocido por sus progenitores, quienes tuvieron la voluntad procreacional. En este sentido, es totalmente inadmisibles privar al niño de su emplazamiento como hijo de las personas que quisieron darle la vida y los demás efectos que ello implica. El hecho de considerar a la

⁶⁸ <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

persona que falleció como padre del nacido, le da a este último los derechos derivados de ese estado, como ser, el de usar el apellido del padre y la posibilidad de poder reclamar alimentos a los parientes por consanguinidad, a heredar, entre otros (Sambrizzi, 2012)⁶⁹.

Para terminar, me parece importante mencionar que no sólo es necesaria una regulación por resguardo a los derechos de los padres y del niño sino también por la afectación que ello podría suponer en materia sucesoria para el resto de los herederos.

3.6 El problema del consentimiento presunto

En reiteradas resoluciones judiciales se ha hecho eco de la posibilidad de presumir el consentimiento para llevar adelante las TRHA en su etapa post mortem. Marisa Herrera propone el siguiente ejemplo hipotético que involucra otro acto personalísimo familiar más común que las TRHA. “Hoy es el día en que Ana contraerá matrimonio con su novio de toda la vida, camino al registro civil el auto que la conducía hasta allí hace una pésima maniobra, el rodado da varios giros y ella fallece. Nadie duda que la intención, el deseo de Ana, era contraer matrimonio con Juan, pero también no hay duda alguna que Ana y Juan no han contraído el matrimonio”. El consentimiento y su exteriorización o declaración de la voluntad constituye un acto sumamente relevante en el campo civil, sobre todo cuando se trata de derechos personalísimos como el matrimonio, o tener un hijo mediante TRHA donde el consentimiento es necesario por tratarse de una exteriorización de la autonomía de la voluntad, y, además, porque el consentimiento informado como exteriorización de la voluntad es la causa fuente de la filiación derivada de dicha práctica (Herrera, 2017)⁷⁰.

En relación con esta supremacía de la voluntad en el campo de los derechos personalísimos, el artículo 56 del CCyC referido a los actos de disposición sobre el propio cuerpo expresa que *“están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y*

⁶⁹ Op cit N° 53

⁷⁰ Op cit N° 50

es libremente revocable”. De esta manera, así como la ablación de órganos constituye una excepción a la regla, la extracción post mortem de material genético encuadraría dentro de la misma regla, no siendo posible que terceros puedan decidir sobre un acto que depende solo y únicamente de la voluntad de la propia persona (Herrera, 2017).

Esta mirada negativa en relación al consentimiento presunto, también puede vincularse con otra modalidad del consentimiento como lo es el denominado consentimiento por representación. ¿Qué lugar tienen la esposa y los padres o hermanos de la persona fallecida, herederos forzosos, en la decisión de ser padre? la respuesta debería ser ninguna.

Al respecto, la jueza a María Cecilia ALBORES, se ha expresado en el caso (C., E. s/ AUTORIZACIÓN, 2020). Ha dicho que no se puede presumir el consentimiento de quien en vida haya sido cónyuge o pareja de la mujer que reclama, en virtud de que se trata de un derecho personalísimo que feneció con el fallecimiento. No coincidiendo con sus pares en veredictos anteriores que se han manifestado a favor del consentimiento presunto para otorgar autorización para el uso de los gametos masculinos del marido fallecido, ya que considera que afectaría derechos personalísimos del causante, siendo suplida su voluntad mediante el deseo expresado por parte de la familia del difunto u otros argumentos como la no oposición de los parientes. Por tal motivo, expresa que no existe argumento jurídico alguno que permita saltarse un requerimiento tan claro y preciso a la hora del uso de las TRHA como lo es el consentimiento, el que debe renovarse cada vez que procede a la utilización de gametos o embriones. Agrega, teniendo en cuenta el artículo 32 inciso 2°, 1° parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el respeto a la libertad, que no se puede forzar a ser padre ni suponer que ha querido serlo, ni sus familiares suplir su voluntad, porque la decisión en tal sentido, supone dos voluntades que se conjugan libremente y un consentimiento inequívoco y personalmente prestado, en razón del derecho personalísimo en juego. El tema de los derechos personalísimos, como su reconocimiento y protección guarda íntima conexión con aspectos fundamentales que hacen a la dignidad del hombre, a sus derechos primordiales, siendo sumamente importante que se le reconozca el carácter de derecho subjetivo que pertenecen a la persona por su propia condición humana, quedando comprendidos en esta categoría el derecho a la vida, integridad física y también el derecho al honor, a la identidad personal, a la intimidad. Por lo que, tratándose de un derecho subjetivo, cesa con el fallecimiento de su titular (C., E. s/ AUTORIZACIÓN, 2020).

En correlación se ha expedido también el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Rio Negro en el caso “**M., J. A. s/ AUTORIZACION JUDICIAL s/ CASACION**” con fecha 27/02/2018. La situación fáctica originaria señala que la Sra. A.C.Y curadora de su marido solicitó, ante el Juzgado de Familia 16 de la ciudad de General Roca, realizar un mapeo testicular percutáneo y biopsia testicular en razón de que su esposo sufrió un accidente que lo emplazó a un estado de hemiplejía y conciencia mínima, situación que motivó su declaración de incapacidad. En primera instancia se había autorizado a lo solicitado por la actora y por lo tanto a practicarse una microcirugía testicular para la extracción de esperma del Sr. J.A.M y a que posteriormente se crioconserven los espermatozoides aptos para procreación. Se había tenido por reconstruida la voluntad procreacional del Sr a partir de testimonios de familiares y allegados.

El caso llegó a la instancia superior luego de que la Defensora de Menores e Incapaces de la Segunda Circunscripción Judicial interpusiera recurso de casación con fundamento en la errónea interpretación de la ley.

Los jueces del Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro han sostenido sus argumentos en la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas de Reproducción medicamente asistida, su Decreto reglamentario 956/2013 y el Código Civil y Comercial de la Nación basándose en que la voluntad procreacional constituye la columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA, sosteniendo que el elemento esencial de la misma pasa por la actualidad de dicha voluntad. En este caso, la voluntad del Sr. J.A.M no fue susceptible de ser reconstruida dado que no se pudieron reunir los principios bioéticos para la conformación de un consentimiento actual.

Sostuvieron que la voluntad procreacional no ha estado presente en el caso y que no es posible de presuponerse o ser suplida por el representante legal, cónyuge, conviviente o familiar cercano. Además, agregan que la dignidad humana es un valor intrínseco del ser humano, proveniente de atributos esenciales de la persona humana, como la razón y la voluntad.

Consideraron que autorizar la extracción de esperma del cuerpo del marido en estado vegetativo, sin su consentimiento libre, expreso y actual, para intentar con esas muestras crear un niño, afectaría la dignidad de la persona. En consecuencia, el Tribunal

resolvió por mayoría hacer lugar al recurso de casación revocando las sentencias de instancias anteriores y rechazando la autorización solicitada por la Sra. A.C.Y.

3.7 Consentimiento informado y la posibilidad de llenar el vacío legal

En nuestro ordenamiento pareciera que el único artículo que deja entrever una referencia a la FPM es el 561 del CCyC.

Como se ha visto en el capítulo 2 del presente trabajo final de grado, el código establece que el consentimiento debe ser proporcionado por todo aquél que se someta a las TRHA de forma previa y libre, donde el centro de salud es responsable de recibir dicho consentimiento informado y el cual debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Respecto a su forma hemos visto que remite a disposiciones especiales, e indica que posterior a su emisión debe ser protocolizado ante escribano público o certificarse ante autoridad sanitaria, teniendo la posibilidad de ser revocado mientras no se haya producido la concepción o implantación del embrión. Por último, se establece que los nacidos mediante la utilización de TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que haya prestado su consentimiento, debidamente inscripto en el registro de estado civil y capacidad de las personas, independientemente de quien haya aportado los gametos (Bergamini, 2015).

En referencia a las “disposiciones especiales” solo se cuenta con la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13 los que agregan que el consentimiento y su revocación deben quedar documentados en la historia clínica con la firma del titular del derecho, estableciendo que las TRHA de baja complejidad pueden revocarse en cualquier momento hasta antes del inicio de la inseminación, mientras que en las de alta complejidad, hasta antes de la implantación del embrión (Bergamini, 2015).

Si bien contamos con pautas que refieren al consentimiento, aún quedan muchos casos inconclusos y con distintas interpretaciones. Así, podemos preguntarnos ¿Cómo debe ser en la práctica el consentimiento informado? ¿Qué datos es necesario que tenga obligatoriamente? ¿Qué efectos puede tener en los casos de divorcio, separación, nulidad de matrimonio? Y especialmente, ¿Qué desean hacer los interesados con los embriones o gametos en caso de fallecimiento de uno o ambos de ellos?

Estamos ante un punto que podría resultar una salida viable para solucionar el vacío existente en el ámbito de la fertilización post mortem. A lo largo del trabajo, he

mencionado que el CCyC establece que pueden suceder al causante los nacidos después de su muerte mediante TRHA, con los requisitos del artículo 561, que se refiere a las formas de prestar el consentimiento informado. Dicho artículo, a su vez, remite a disposiciones especiales que a la fecha de hoy no existen. Por lo que se trata de un círculo vicioso en el que un vacío remite a otro, y a su vez, este a otro y que no contamos con ninguna solución específica.

En virtud de todo ello, creo que la regulación del consentimiento mediante una ley especial sería una forma de llenar el vacío en materia de FPM.

3.8 La cuestión en el derecho comparado

Finalmente, no quisiera desaprovechar la oportunidad para resaltar que este instituto se encuentra expresamente regulado, a favor y en contra en diversos ordenamientos jurídicos internacionales. Así las cosas, vemos que legislaciones como en el caso de: Francia (ley 94/654), Italia (40/2004), Suecia (1140/1984), Noruega (68/1987) y Alemania (745/1990), entre otras, han optado por la prohibición. Contrariamente, entre las leyes que permiten la fertilización post mortem se encuentran las reglamentaciones de: España (ley 14/2006), Inglaterra (human fertilisation and embryology act 2008), Bélgica (loi relativa á la procréation médicalement assistée la destination des embryons surnuméraires et des gamètes), Portugal (ley 32/2006), entre otros.

3.8.1 España

En el ordenamiento jurídico español se regula la TRHA post mortem, primero, en el artículo 9 de la ley 35/1998 y con posterioridad, en el vigente artículo noveno⁷¹ de la ley 14/2006 en el que se establece como regla general que no se podrá determinar

⁷¹ **Artículo 9. Premoriencia del marido.**

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

legalmente la filiación ni reconocérsele efecto legal a la relación entre el nacido por aplicación de las TRHA si el material genético no se hallase en el útero de la mujer al momento del fallecimiento del hombre. Seguidamente contempla que el marido podrá prestar su *consentimiento* para que su material reproductor sea utilizado dentro de los *doce meses* siguientes a su fallecimiento. En ese caso, se producirán los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial. Dicho artículo también menciona la posibilidad de revocar el consentimiento en cualquier momento y que se *presumirá* en los casos en los cuales el cónyuge superviviente hubiese estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado con anterioridad al fallecimiento del marido para la transferencia de pre embriones. Por lo antes dicho, la legislación española da especial importancia al consentimiento del hombre para el uso de su material genético, y en ausencia de este, o ante la imposibilidad de presumirlo, se desconocen los efectos jurídicos entre el nacido y el fallecido.

3.8.2 Cataluña

Cataluña es una de las comunidades autónomas españolas con más desarrollo en medicina reproductiva, es así que, el código de familia catalán establece en su artículo 92, segundo inciso que “en la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo, siempre que concurren en la misma las siguientes condiciones: a) Que conste fehacientemente la *voluntad expresa* del marido para la fecundación asistida después de su muerte. b) Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el *plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido*. Dicho plazo puede ser *prorrogado* por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de *noventa días*”⁷².

3.8.3 Inglaterra

La ley inglesa es más amplia que las anteriores, en tanto que contempla la posibilidad de una fertilización post mortem en la que intervenga material genético de un *tercer donante*. Anteriormente, la ley de 1990 ya permitía la inseminación post mortem, la fecundación in vitro y la implantación posterior a la muerte del padre, pero en estos casos no atribuía vínculo filial al nacido de dicha práctica con el fallecido,

⁷² http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-19-1998.t4.html#a92

fundamentalmente por la cuestión sucesoria y la posibilidad de alteración de la misma (Herrera & Lamm, 2014)⁷³.

La ley de 1990 sufrió reiteradas modificaciones, en el año 2003 se incorporó la posibilidad de que un hombre pueda quedar registrado como padre del niño póstumo, siempre que hubiese *exteriorizado su consentimiento tanto para el uso de su material genético como para ser registrado como padre del niño nacido mediante esta técnica post mortem*. Finalmente, la última modificación del año 2008 incorporó la extensión de los efectos a la pareja o cónyuge de la mujer a quien se le transfiere el embrión constituido por donación de semen de un tercero. En este caso, también se exige el doble consentimiento⁷⁴.

3.8.4 Portugal

Por su parte, la ley de Portugal también regula la FPM, pero adoptando una postura más restringida. *Diferencia* el caso de *fertilización con gametos del hombre*, obtenidos durante la vida de éste, del caso de *implantación de embriones post mortem*. En el primer caso mencionado, la prohibición es absoluta, mientras que en el segundo es totalmente lícito, siempre y cuando la transferencia post mortem del embrión haya sido precedida del *consentimiento para seguir con el proyecto parental más allá del fallecimiento*⁷⁵.

3.8.5 Bélgica

En este caso, la ley belga establece un límite de tiempo en su artículo 16, dispone que “no se puede llevar a cabo la implantación post mortem sino pasado un periodo de *seis meses* a partir de la muerte del autor del proyecto parental y, a más tardar, dentro de *los dos años después de la muerte del autor*. Cualquier disposición contraria al párrafo primero de este artículo será nula de pleno derecho”⁷⁶.

⁷³ Herrera, M., & Lamm, E. (2014). La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia* (págs. 532-543 Tomo II). Santa fé: RUBINZAL - CULZONI EDITORES.

⁷⁴ Artículo 39, use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm, HFEA, 2008.

⁷⁵ Artículo 22 (ley 32/2006) “inseminación post mortem. 1 después de la muerte del marido o del hombre que vivía en unión de hecho, no es lícito que la mujer sea inseminada con semen del fallecido, sin que éste haya dejado el consentimiento en el acto de inseminación. 2. El semen que, con fundamento en la posible futura esterilidad, sea obtenido con fines de inseminación del cónyuge o la mujer con quien convive el hombre en una unión de hecho es destruido si aquel fallece durante el periodo en que se establece la conservación del semen. 3. Es lícita la transferencia post mortem del embrión para permitir la realización de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre, ocurrido durante el plazo considerado ajustado según una adecuada ponderación del caso a decidir” (traducido en el op cit N° 18)

⁷⁶ https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2007070632&table_name=loi

3.8.9 Uruguay

Por su parte, el país vecino regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida mediante la ley 19.167 que data de noviembre del 2013. Dicha ley regula en su artículo noveno, *como supuesto especial* que, “podrá realizarse fertilización de gametos o transferirse embriones originados en una persona que hubiere fallecido, siempre que esta hubiera otorgado previamente por escrito su consentimiento para ello y dentro de los 365 días posteriores a su fallecimiento”⁷⁷.

De las observaciones en el derecho comparado, sobre la regulación del tema que me atañe, surge que los estados que tienen legislación específica en la materia, generalmente limitan los efectos jurídicos entre el nacido y el fallecido. Se establece como requisito principal el consentimiento en vida por parte del difunto y, en algunas ocasiones, se prevé la exigencia de un doble consentimiento, tanto para el uso del material genético como para ser tratado como padre. Asimismo, suele contemplarse un plazo máximo para que se lleve adelante la inseminación o implantación en la mujer.

⁷⁷ Ley 19.167 Uruguay <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4567757.htm>

CONCLUSIONES

Habiendo llegado al final del trabajo luego del minucioso análisis realizado en torno a la Fertilización Post Mortem, partiendo de la investigación para responder las preguntas y objetivos propuestos al momento de comenzar, me surge el interrogante de si ¿hubiese sido suficiente el artículo 563 del anteproyecto en relación a los casos jurisprudenciales que se han dado? Así, hemos visto que la jurisprudencia falló con amplitud de criterios y se extendió a supuestos que no estaban contemplados en el anteproyecto. En primer lugar, el artículo 563 solo preveía la posibilidad de la transferencia de embriones, siendo que la jurisprudencia no solo ha fallado en materia de embriones criopreservados, sino también de material genético criopreservado y de extracción de semen del cuerpo del difunto. Desde 2011 hasta la fecha, la justicia ha tenido que resolver ocho pedidos de fertilización post mortem apelando a TRHA. En cuatro de los casos, la solicitud se hizo por gametos criopreservados, en dos por embriones criopreservados y otros dos en los que se pedía la extracción de semen a la persona fallecida. Es oportuno destacar que el artículo proyectado y finalmente dejado de lado por el texto definitivo generó también críticas acertadas puesto que hubiese dejado de lado la mayoría de los casos que se han judicializado, siendo permitido en el supuesto de que existieren embriones criopreservados, como en el caso que ha resuelto la jueza pampeana, mientras que el resto de los casos se hubiesen rechazado porque se trataba de gametos, ya sea criopreservados o extraídos post mortem.

Considero que, si bien el CCyC perdió la oportunidad de regular el tema en cuestión, la quita ha sido acertada. Sucede que permitir la FPM solo ante la existencia de embriones in vitro constituye una opción sumamente restrictiva y contraria de la idea de que el embrión no es persona, debiendo tener en materia de FPM, el mismo tratamiento jurídico que los gametos de conformidad con la doctrina que se desprende de la Corte Internacional de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” del 28/11/2012. Si se hubiese sancionado, no solo hubiera incurrido en contradicción con la jurisprudencia convencional, sino también con el propio CCyC que remite a una ley especial para la regulación del embrión in vitro. En esta línea, la ley 26.862 prevé la cobertura de la criopreservación y donación de embriones, para lo cual se debe partir de la idea de que los embriones no son persona, de lo contrario, no se podrían criopreservar y mucho menos donar.

Finalmente, la exclusión tal y como se pretendía regular, fue acertada. Ahora bien, el silencio legislativo no sería la postura más adecuada dada la importancia que tiene la ley para dar previsibilidad y colaborar en la pacificación de relaciones humanas. Este vacío por parte de nuestros legisladores provoca incertidumbre e inseguridad jurídica no haciendo otra cosa más que desproteger y más aun tratándose de un tema delicado en el que se encuentran en juego no solo el derecho del supérstite a formar una familia, del fallecido a que se respete su voluntad, o los intereses de los herederos sino también los derechos del niño por nacer o del nacido de esta forma.

De los casos jurisprudenciales nacionales analizados se puede extraer un resultado común: dan cuenta de la falencia que se deriva del silencio legislativo y de la importancia de contarse con reglas jurídicas claras, si bien las situaciones planteadas no son muchas, se presentan en la realidad socio jurídica siendo que la FPM constituye un tipo de TRHA, las cuales son reguladas en el CCyC como una tercera fuente filial.

En el ámbito de las TRHA el vínculo filial depende del querer asumir el lugar de progenitor, de allí parte la importancia que reviste el consentimiento informado ya que es el medio por el cual se expresa ese deseo. Siendo que la voluntad procreacional es la columna vertebral de la determinación filial, se considera que si no existe dicha voluntad manifestada a través del correspondiente consentimiento previo, libre e informado no puede quedar establecida la filiación derivada de las TRHA. Por lo tanto, y con la finalidad de sentar las bases sobre la cual se debería elaborar la regulación en materia de FPM, se tendría que partir de la voluntad procreacional exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado formal y específico o especial por encontrarse comprometidos derechos personalismos. Lo deseable sería que no queden dudas respecto de la voluntad de las personas que se someten a estas técnicas, para no tener que acudir a la presunción del consentimiento como se ha dado en casos nacionales. Por eso creo que la regulación del consentimiento informado mediante una ley especial sería una posible solución a este vacío legal analizado. Asimismo, sostengo que, en caso de regularse la materia, debería contemplarse la idea de llevar adelante la técnica no solo con embriones sino con gametos criopreservados con anterioridad al fallecimiento, siempre y cuando haya un consentimiento formal y específico al respecto que disponga fehacientemente la posibilidad de realizar la TRHA en la etapa post mortem. Considerando que el cumplimiento de dicho requisito generaría vínculo filial entre la persona fallecida y el nacido de la práctica y otorgaría además vocación hereditaria. También, creo que debería

ser una técnica a la que tengan acceso todas las personas, ya que, por ejemplo, en el artículo proyectado se mencionaba solamente “la mujer que da a luz” no compartiendo la idea de apuntar solo a la mujer con la oportunidad de gestar, puesto que los hombres transexuales también podrían hacerlo. Por lo tanto, en una futura ley debería utilizarse la palabra “persona”, configurando el principio de integridad y ajustándose a la realidad como a la ley de identidad de género.

Por otro lado, otra propuesta para solucionar el vacío legal podría ser la modificación del artículo 558 del Código Civil y Comercial que regula las fuentes filiatorias mencionando la filiación por naturaleza, TRHA y adopción, al cual se le podría agregar la filiación derivada de las TRHA en la etapa post mortem y también, añadir al artículo 560 sobre el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida que el mismo podrá otorgarse para llevar adelante la TRHA en la etapa post mortem, tratándose de un consentimiento especial no deberían quedar dudas al respecto de la voluntad, por lo que debería quedar en un documento fidedigno. O bien, agregar un artículo al Código Civil y Comercial que exprese que en el caso del fallecimiento de una persona mientras no se haya producido la implantación del embrión provoca la revocación del consentimiento expresado, excepto que la persona haya dejado su consentimiento debidamente prestado informando que los gametos o embriones podrán ser utilizados por su cónyuge o conviviente luego de su fallecimiento. Y, por otro lado, agregaría el plazo de un año para lograr el embarazo en concordancia a lo que proponía el anteproyecto y varios de los ordenamientos jurídicos extranjeros mencionados. Creo que este tiempo le pondría un plazo justo para llevarse adelante la FPM y reconocérsele todos los derechos al nacido de dicha técnica, dejando en pausa la cuestión sucesoria hasta dicho plazo, lo que implicaría no vulnerar los derechos hereditarios de los pretensos sucesores y a su vez, reconocerle además de vínculo filial, el derecho a suceder al nacido por TRHA post mortem conforme al artículo 2279 el cual expresa que podrán suceder al causante los nacidos después de su muerte mediante TRHA, siempre y cuando se haya cumplido con el requisito del consentimiento.

Para concluir, sostengo la importancia trascendental que reviste el consentimiento debidamente expresado en estos casos, siendo necesario que quede plasmado en un documento de forma clara la posibilidad de que su cónyuge o conviviente pueda utilizar los gametos o embriones crioconservados luego de su muerte, con la imposibilidad de

presumirse y no siendo posible la extracción de material genético en consonancia con lo previsto por el CCyC en los artículos 55 y 56.

Una normativa uniforme que abarque supuestos de FPM con material genético o embriones indistintamente, permitiría evitar las problemáticas sobre la autorización judicial de la práctica, mientras no se regule la materia, el vacío legal conlleva a apelar a la interpretación judicial dotando de total discrecionalidad al Juez de turno, que solo obtiene una decisión por medio del artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual describe que ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que la ley no mande ni privado de lo que ella no prohíbe. Ello genera inseguridad jurídica, porque el goce de los derechos y su ejercicio dependen de la judicatura que toque en suerte.

Más allá de los debates bioéticos que despierta y de la postura que cada uno sostenga respecto al tema tratado en el presente trabajo final de grado y de lo que cada uno acepte como modelo de familia, los hechos demuestran que esto sucede en la realidad de nuestro país y silenciarlo o prohibirlo no sería la mejor solución, al contrario, ha quedado claro que genera grandes problemas.

Es deber del Derecho, y por ende del Estado, acompañar los avances científicos y los cambios sociales, preservando el orden, la paz y garantizando el goce de los derechos de los ciudadanos.

“Cuando las leyes son claras y precisas, la función del juez no consiste más que en comprobar un hecho”.

Cesare Beccaria

Bibliografía

- Aizenberg, M. (2012). El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. *Ediciones INFOJUS*, 47-72.
- Bergamini, M. (2015). Filiación Post Mortem: realidad socio-jurídica en el marco del nuevo código. *Identidad y Filiación - comisión n° 14*, 1-10.
- Bergel, S. (2014). La Bioética en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 1-19.
- Bladilo, A. (2017). *El status jurídico del embrión no implantado*.
- C., E. s/ AUTORIZACIÓN, 14133/2018 (Juzgado civil 7 05 de Febrero de 2020).
- Carina, J. (11 de Agosto de 2016). El proyecto de vida parental mas allá de la muerte. Se suma otro antecedente jurisprudencial Argentino. *Al día - Cita: MJ-DOC-9990-AR*, págs. 1-15.
- Casado, M. (2002). *¿Por que bioética y derecho?*
- Casado, M. G. (2002). ¿Por qué bioética y derecho? *Acta Bioethica Scielo; año VIII n° 2* , 183-193.
- Casado, M. G. (2017). "Bioética". Diccionario enciclopédico de la legislación sanitaria Argentina. *DELS*.
- Ciuro Caldani, M. A. (1997). Introducción general al bioderecho. *bioética y bioderecho, n° 2 Rosario*.
- Ditieri, M., Cortese, G., & Demaría González, G. (2018). Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión. En *Derecho y ciencias sociales* (págs. 62-81). UNLP y FCJ: ISNN.
- Falótico, Yael - Pietra, María Luciana. (2015). Filiación por TRHA. En A. M. Chechile, *Derecho de Familia conforme al nuevo CCYC* (pág. 385 y ss). Buenos Aires: ABELEDO PERROT.
- Flah, L. (2014). La incorporación de la bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación . *Sup. especial nuevo Código Civil y Comercial (Cita online: AR/DOC/3837/2014)*.
- Francisco, L. J. (1995). Dignidad humana, libertad y bioética .
- Gil Dominguez, A. (2015). La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico. pág. 13/14.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: ABELEDOPERROT.
- Herrera, M. (2017). Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas . *Indret Revista para el análisis del Derecho - Barcelona*, 1-21.
- Herrera, M., & Lamm, E. (2014). La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia* (págs. 532-543 Tomo II). Santa fé: RUBINZAL - CULZONI EDITORES.

- Iturburu Rodriguez, M. (2015). La regulacion de las técnicas de reproduccion humana asistida en la actualidad. *SAMeR*.
- Krasnow, A. N. (2017). La filiacion por tecnicas de reproduccion humana asitida en el codigo civil y comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad . *Derecho privado n° 32* , 175-217.
- Lafferrière, J. N. (Diciembre de 2015). *El nuevo Código Civil y Comercial y la bioética*. Obtenido de Vida y ética año 16, N° 2:
<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1424/1/nuevo-codigo-lafferriere.pdf>
- Medina, G., & Roveda, E. (2016). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: ABELEDO PERROT.
- Perez, A. (2013). Buenos Aires: Fertilizacion post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproduccion humana asistida.
- Perez, A. (2014). Fertilizacion post mortem: que dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país. *ABELEDO PERROT* , N°: AP/DOC/2832/2013.
- Perez, A. (2016). Nuevo Codigo Civil y técnicas de reproducción humana asistida a la luz de los principios de igualdad, no discriminación y autonomía de la voluntad.
- Pietra, M. L. (2007). *Derechos del niño concebido mediante tecnicas de reproduccion asistida* . Buenos Aires: ABELEDO PERROT.
- Robert, V. (2018). Bioetica. Relacion con el derecho. Un repaso por algunas normas de Bioetica contenidas en el Codigo Civil y Comercial. *AL DIA* .
- S.E.F. (2008). *Importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproduccion asistida*. Madrid: Imago Concept.
- Salituri Amezcua, M. (2017). Jurisprudencia Argentina en materia de fertilizacion post mortem. *DELS*, <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/119>.
- Sambrizzi, E. (2012). La fecundacion post mortem. En *Analisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial* (págs. 324-333). Buenos Aires: El Derecho.
- Sambrizzi, E. (2018). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La ley Thomson Reuter.
- SEF. (2012). *Saber mas sobre fertilidad y reproducción asistida - Sociedad española de fertilidad* . Madrid: MSH impresiones.
- Wille, G. (30 de agosto de 2018). Como cambió al mundo la reproduccion asistida . *La Nación* .

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Tribunal de Familia N° 3 de Morón, 21/11/2012, G.,A.P”, AP/JUR/289/2011
- C3°CCMPaz y tribunal de Mendoza, 7-8-2014, “S.,M.C s/Medida autosatisfativa” , Rubinzal Online, RC J 6303/14

- K.J.V c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo Juzgado Nacional Civil N ° 3, 3/11/2014, confirmado por la Cámara Nacional Civil, Sala H La Ley Online: AP/DOC/715/2015. 17/04/2015
- A., C.V. C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE S/ AMPARO Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4, de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 3, Santa Rosa, La Pampa, 26/10/2016; Superior Tribunal de la Pampa - 31/10/2017 - La Ley Online: AR/JUR/100418/2017 y elDial.com - AAA3CF
- N.O.C.P.S/ AUTORIZACIÓN Juzgado Nacional Civil N ° 87 - elDial AA9766. 05/05/2016
- “C.,M. S S/ AUTORIZACION JUDICIAL” Juzgado Dist. Familia, Casilda Santa Fe - 25/11/2016 - Rubinzal Culzoni bajo referencia: RC J 7087/16
- D.M.H. Y otros s/autorización Juzgado Nacional Civil N ° 7, 27/11/2017, confirmado por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B MJ-JU-M-110641-AR (3/4/2018)
- C., E. s/AUTORIZACION Juzgado Nacional Civil N ° 7 (5/02/2020) ELDial 14133/2018 elDial.com - AABA62

JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

- M., J. A. S/ AUTORIZACION JUDICIAL - Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Rio Negro
https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=f9cb07f6-d157-44fe-8868-a71e14751127&stj=1

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/artaviamurillo.pdf>
- Fornerón e Hija Vs. Argentina
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

FRANCO MANUEL LAMBRECHT

Correo electrónico: lambrecht2012@hotmail.com