



*TRABAJO FINAL DE GRADO. PIA*

**EMBRIONES NO IMPLANTADOS Y FECUNDACION  
POST MORTEM: SUS PROBLEMATICAS ACTUALES.**

Bergessio Fernando Gabriel

D.N.I. n. °29.402.504

Legajo n. °ABG82980

Abogacía

2019

## **Resumen**

La bioética es la ciencia que nace de la ética médica y de diversas corrientes filosóficas, donde el hombre es el elemento primordial de investigación. Esta disciplina, actual e innovadora, ha conseguido en sus acelerados avances mejorar sustancialmente la calidad de vida del ser humano. Ante el exponencial crecimiento de esta ciencia como por ejemplo en temas como la ablación de órganos para trasplante, la criogénesis, la fecundación artificial o clonación de seres humanos, entre otros, es necesario y apremia legislarlos aplicando como principio rector la dignidad humana.

Es relevante mencionar que los avances tecnológicos y médicos son demasiado vertiginosos, circunstancia que ocasiona un severo desfase entre la realidad y la regulación normativa para contemplar los distintos casos resultantes; en consecuencia en nuestro país el marco normativo vigente se basa en vagos aportes de la Constitución Nacional, Tratados internacionales, código civil y comercial de la nación y decretos, esta escasa normativa provoca tediosos procesos judiciales que obstaculizan la efectiva adquisición de un derecho.

Ante lo expuesto, se considera inexcusable enmarcar el status jurídico del embrión humano no implantado y las diferentes situaciones que se originan ante el pedido de fecundación post mortem, tarea ardua para el legislador, ya que no solo contempla el ámbito jurídico sino que también se centra en una cuestión psicosocial y compleja.

**Palabras claves:** Bioética, embrión humano no implantado, fecundación post mortem.

## **Abstract**

Bioethics is the science born of medical ethics and diverse philosophical currents, where man is the primordial element of research. This discipline, current and innovative, has achieved in its accelerated progress substantially improve the quality of life of the human being. Before the exponential growth of this science as for example in subjects like the ablation of organs for transplant, the cryogenesis, the artificial fertilization or cloning of human beings, among others, it is necessary and urgently legislate them applying as a guiding principle the human dignity.

It is relevant to mention that the technological and medical advances are too dizzying, a circumstance that causes a severe discrepancy between the reality and the normative regulation to contemplate the different resulting cases; consequently in our country the current regulatory framework is based on vague contributions of the National Constitution, international treaties, the civil and commercial code of the nation and decrees, this lack of regulations causes tedious legal proceedings that hinder the effective acquisition of a right.

Given the above, it is considered inexcusable to frame the legal status of the unplaced human embryo and the different situations that arise from the request for post-mortem fertilization, an arduous task for the legislator, since it not only contemplates the legal sphere but also focuses on in a psychosocial and complex question.

**Key words:** Bioethics, human embryo not implanted, post mortem fertilization.

## ÍNDICE

Introducción .....	7
CAPÍTULO 1 .....	10
1.1 Bioética .....	11
1.1.1 Bioética: concepto .....	11
1.1.2 Características Generales .....	11
1.1.3 Principios Fundamentales .....	12
1.2 Bioética y Derecho.....	12
1.3.1 embriones congelados y descongelados.....	14
1.3.2 Posturas doctrinarias respecto al inicio de la existencia humana.....	15
1.3.2. A Teoría de la Fecundación.....	15
1.3.2. B Teoría de la Singamia. ....	16
1.3.2. C Teoría de la Implantación. ....	16
1.3.2. D Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central. ....	16
1.3.3 status jurídico del embrión no implantado .....	17
1.3.3. A. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación .....	17
1.3.3. B Crítica a la sentencia de La Corte Interamericana de Derechos humanos .....	18
1.3.3. C El embrión in vitro: persona no, ¿cosa?.....	18
1.3.3. D Proyecto de ley para embriones no implantados .....	18
1.4 Recorrido legislativo.....	20

1.4.1	Introducción .....	20
1.4.2	Constitución de la Nación Argentina – Ley n. °24.430.....	20
1.4.2. A	Convención Americana de Derechos Humanos.....	21
1.4.2. B	Convención sobre los Derechos del Niño.....	21
1.4.3	Código Civil y Comercial de la Nación – Ley n. °26.994.....	22
1.4.4	Ley n. °26.862: Técnicas de Reproducción Medicamente Asistida .....	23
1.5	Conclusiones parciales.....	25
CAPÍTULO 2.....		26
2.1	Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	27
2.1.1	Introducción .....	27
2.1.2	Verdad biológica y voluntad procreacional .....	28
2.1.2. A	Concepto .....	30
2.1.3	La tercera fuente de filiación.....	30
2.1.4	consentimiento informado.....	31
2.1.5	conclusiones parciales .....	36
CAPÍTULO 3.....		37
3.1	Fecundación post mortem .....	38
3.1.1	Introducción.....	38
3.1.2	Análisis del Anteproyecto .....	39
3.1.3	El problema del consentimiento .....	42
3.1.4	Breve Reseña Histórica de la Post Mortem en Argentina .....	43

3.2 Diagnóstico genético pre-implantacional.....	45
3.3 conclusiones parciales .....	48
CAPÍTULO 4.....	49
4.1 Análisis de Jurisprudencia .....	50
4.1.1 Jurisprudencia Nacional: Fecundación Post Mortem.....	50
4.1.2 Jurisprudencia Nacional: Diagnóstico Genético Preimplantacional .....	58
4.1.3 Jurisprudencia Nacional: Limite al que alude el articulo n. °8 del decreto 956/2013 reglamentario de la Ley n. °26.862 y límite de edad.....	62
4.2 Conclusiones Parciales.....	64
Conclusiones Finales.....	66
Referencias Bibliográficas .....	69
1. Legislación .....	69
2. Doctrina.....	70
3. Jurisprudencia.....	74

## Introducción

En virtud del acelerado crecimiento de las biomedicinas y biotecnologías se han suscitado innumerables cuestiones que abocan al ámbito jurídico respecto del embrión humano no implantado y la fecundación posterior a la muerte.

Los respectivos conflictos jurídicos que se originan dan clara evidencia y urgencia de propiciar una “*ley especial*” que se adapte a los diferentes procedimientos de técnicas de reproducción. La correspondiente normativa debe dotar de licitud y tutela, instrumentando con buenos fines la vida humana, siempre respetando y tomando como principio rector la dignidad humana.

En nuestro país, se han realizado varios intentos por regular las técnicas de reproducción humana, por ejemplo: la puesta en vigencia de la Ley n. °26862 de fertilización Médica Asistida y en el Código Civil y Comercial incorporando disposiciones en relación a las técnicas de reproducción humana.

Complementando las diferentes normativas jurídicas, cabe preguntarse si resulta suficiente a los fines de regulación y protección de los embriones y sus potenciales progenitores.

Por otra parte, estas prácticas conllevan un interés general de un sector de nuestra sociedad, que lucha continuamente con el sueño de procrear, que en diversas situaciones han visto obstaculizadas y frustradas sus posibilidades de constituir y concretar sus proyectos de vida.

Existen diferentes mecanismos de fecundación, aquí se expondrá específicamente la fecundación “*in Vitro*”, técnica que confiere la posibilidad de fecundar extra-corporalmente; mecanismo que trata por medio de una súper-ovulación provocada, extrayéndolos y fecundándolos con los espermatozoides (de la pareja o tercero donante), continuando posteriormente a la cualificación de los embriones donde algunos se transfieren al útero y otros se colocan en estado de crío-conservación en bancos privados creados a tal fin.

La crío-conservación de embriones plantea interminables cuestiones en cuanto a sus efectos legales, falta de tutela y estatus jurídico, colocando a los juristas en un arduo conflicto como es la interpretación y aplicación de las normas, y consecuentemente vulnerar derechos correspondidos.

La problemática a tratar en este proyecto es el estatuto jurídico del embrión no implantado y la fecundación posterior a la muerte, dando a conocer los distintos conflictos jurídicos ocasionados y las posibles soluciones a la temática optada.

Por otra parte, los tipos de estudios o investigación elegidos para la realización del trabajo final serán el exploratorio y el descriptivo, elección que determinará conocer a fondo la problemática escogida, para recabar argumentos y sucesivamente, poder analizarlos y describirlos de forma correspondiente, generando la clara y máxima comprensión de la problemática esgrimida.

En lo que refiere a la estrategia metodológica se ha optado por el método mixto cuali-cuantitativo, ya que se utilizará el método cualitativo para la comprensión de la figura del embrión humano, sus problemáticas jurídicas y permitiendo un conocimiento profundo y crítico de la temática seleccionada; combinando el método cuantitativo que proporcionará un aspecto científico al proyecto, confirmando variables e indicadores porcentuales respecto del problema designado.

En este trabajo final se utilizarán fuentes primarias y secundarias de conocimiento en primer lugar, y se recurrirá a las terciarias para la producción de encuestas y entrevistas para la obtención de datos, dado los tipos de estudio seleccionados.

En tanto, la delimitación temporal de este proyecto comenzará con la entrada en vigencia del actual código civil y comercial el día 1 del mes de agosto del año 2015, refiriendo a las importantes modificaciones incorporadas a la temática plateada, finalizando el día 1 del mes diciembre del año 2018.

Desde el punto de vista espacial, el estudio se fijará a nivel nacional, circunscribiéndose a la provincia de Córdoba – específicamente en la Ciudad de Río Cuarto - en determinados puntos para la realización de encuestas y entrevistas recabando y enriqueciendo los objetivos de la investigación aplicada.

Este proyecto de investigación final se dividirá en cuatro capítulos, comenzando de lo general a lo específico.

En el capítulo primero se analiza la bioética, comenzando con su conceptualización y cómo impacta en el derecho, se contempla la figura de embrión no implantado para reconocer si es persona o cosa, comparando las distintas posturas doctrinales arribando a su status jurídico. Finalizando con un recorrido legislativo, mencionando el conjunto de normativas y tratados internacionales con jerarquía constitucional para centrar a la figura del embrión humano en el tiempo y espacio.

El segundo capítulo se reconoce las diferentes normativas que sustentan las técnicas de reproducción humana asistida, examinando los articulados de nuestro código civil y comercial, comparando paralelamente con la Ley n. ° 26.862, conociendo los diferentes tipos filiales; analizando y describiendo todo lo atinente a la voluntad procreacional y por ende el consentimiento informado (formas, requisitos, revocación) en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida.

El capítulo tercero, se destina a la fecundación post mortem, analizando la problemática que ocasiona la vaga normativa al respecto, además se compara el anteproyecto con nuestro ordenamiento actual indagando las distintas variantes para suplir el silencio legal tratado, también se realiza una reseña histórica de los principales fallos emblemáticos en Argentina de la temática en cuestión y finalizando con el diagnóstico genético pre-implantaconal.

El cuarto y último capítulo, estará destinado al análisis de jurisprudencia nacional en torno a los diferentes conflictos originados en la materia.

# CAPÍTULO 1

## **1.1 Bioética**

### **1.1.1 Bioética: concepto**

Según Casado (2017), la “bioética” surge en el año 1970 en los Estados Unidos cuando un médico del área oncológica resalta la necesidad de unir la biología con las humanidades; que con el transcurso de los años, este nombramiento fue dotado de conceptos y fundamentos abarcando distintas y complejas problemáticas hasta transformarse en la ciencia que es en la actualidad, cuyo contenido engloba lo científico, lo social y lo tecnológico.

Montes Guevara (2004), define a la bioética como “el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del ciudadano de la salud, a la luz de valores y principios morales” definición también utilizada por primera vez por el Dr. Potter.

### **1.1.2 Características Generales**

Siguiendo los lineamientos de Montes Guevara (2004), se mencionan las características generales de la bioética:

- carácter secular (se refiere al respeto a las creencias morales de todos como derecho humano fundamental),
- pluralista (significa que debe aceptar diversidad de enfoques y posturas y que todas las decisiones se deben conjugar para el interés de toda la humanidad),
- autónoma (ya que debe considerar que el criterio de moralidad está dado por el propio ser humano, la razón humana deviene en una norma de moralidad),
- racional (se considera la doble condición de la racionalidad humana, primer momento a priori y el otro momento a posteriori o consecuencialista),
- universal (entendiendo la posibilidad de crear leyes universales más allá de los convencionalismos morales, desde una perspectiva abierta, constructorista y sujeta a constante revisión).

### **1.1.3 Principios Fundamentales**

Por otra parte Montes Guevara (2004), exterioriza los principios fundamentales de la bioética que se listan a continuación:

- Principio de autonomía: Toda persona adulta y consiente, inmersa en una sociedad secularizada, tiene derecho a decidir sobre vida y su salud, donde la comunidad en la cual vive debe respetar su voluntad. El principal conflicto de este principio se origina entre personas creyentes y no creyentes.
- Principio de beneficencia: significa “hacer el bien”. El profesional de la salud se obliga a hacer todo lo necesario para lograr el bienestar del paciente. suscitan limitaciones en relación a los costos e inconvenientes y el éxito de un tratamiento médico, otra limitación es en cuanto a la calidad de vida que refiere al bien de una persona no es vivir más tiempo a costa de una existencia precaria y dolorosa.
- Principio de no maleficencia: se interpreta en el sentido de no hacer daño o mal a otro directamente, este principio es más conciso y obligatorio que el deber de hacer el bien.
- Principio de justicia: significa el acceso igualitario, la distribución y la utilización equitativa de recursos médicos disponibles. La justicia es dar a cada paciente lo que permita recuperar su salud o aliviar su sufrimiento.

### **1.2 Bioética y Derecho**

Parfraseando a Casado (2017), comenta que la bioética proporciona diferentes herramientas para la toma de decisiones, las cuales pueden afectar valores por tal motivo resulta de menester importancia un proceso de elaboración y análisis de las pautas que deben regir la acción a lo atinente a la intervención técnica del hombre sobre su propia vida y el medio en el cual de desarrolla. Se incrimina una fuerte relación entre la ciencia, la ética y el derecho que pueda ser adoptada para la mayoría de los ciudadanos.

Es necesario que tanto la sociedad como los parlamentos y gobiernos contemplen que las políticas a establecer deben pertenecer a un modelo el cual no se imponga sin reflexión y debates previos, políticas que llevaran a un acuerdo sin necesidad de conflictos. Caso contrario al no haber acuerdo es el derecho quien deberá establecer los límites de lo

permitido, dando lugar a la estrecha relación entre la bioética y derecho. Estas disciplinas tienen una finalidad en común que es el respeto y la promoción de los derechos humanos reconocidos. Casado (2017)

Por otra parte, Bravo Mayuli (2018) explica que la bioética nace para dar respuesta a los distintos problemas sufridos por sectores de la humanidad, por la aplicación deliberada de los conocimientos biomédicos, y para ordenar los esfuerzos de la comunidad científica en defensa de la persona humana, deben coligar dos disciplinas encargadas del estudio de la conducta humana: la bioética y el derecho, vinculando el derecho y la moral, originando el nacimiento al bioderecho.

En cuanto a la relación entre la bioética y el bioderecho o si uno se desgrana del otro, se afirma que tienen un tronco común, su objeto de investigación o estudio, pero mientras la bioética apunta más a la ética médica, el bioderecho es una consecuencia de aquella.

Concluyendo que tomando al derecho como las normativas que regulan la vida de los hombres en sociedad, aplicados a los temas específicos e inherentes de la bioética, es una rama autónoma y se nutre de múltiples disciplinas. Bravo Mayuli (2018)

### **1.3 Embriones crioconservados**

Cuando se habla de embriones en preservación es necesario saber primero ¿Qué es un embrión?, para los científicos un embrión es un organismo en pleno desarrollo, su iniciación es desde el comienzo en el huevo (cigoto) o útero materno, hasta desarrollarse todos sus órganos. En seres humanos se entiende por embrión desde el comienzo de la fecundación hasta la semana octava donde después se lo nombrará feto y luego en su nacimiento se lo señalará como bebé. Blasi (2005)

Conociendo la conceptualización de embrión, es necesario a continuación definir que es la crioconservación también conocida como criopreservación, se entiende como el procedimiento de congelación de gametos en nitrógeno líquido a baja temperatura, permitiendo su funcionalidad y su utilización futura en un tiempo incierto. El congelamiento de embriones se debe que ante la hiperestimulación del ovario se originan más óvulos de los precisos, posteriormente son fecundados los embriones en el útero y aquellos que no son transferidos al útero materno proceden al congelamiento (crioconservación) para ser utilizados en otros intentos de fecundación, lo expuesto tiene primordial fundamento para eludir todas las etapas de la fecundación in vitro. Otros fundamentos son a razón de que los

embriones son fuentes de tejidos celulares con específica genética y además pueden requerirse para futuras investigaciones. Passo (2010)

Desde el punto de vista médico, el embrión humano es:

La estructura que se desarrolla a partir del cigoto humano, por divisiones sucesivas, que llegará a diferenciarse en tejidos y órganos. El cigoto humano es la célula fundadora de un organismo, resultado de la fecundación de un gameto femenino (el ovocito) por un gameto masculino (el espermatozoide). Hacia el día séptimo posterior a la fecundación, la blástula está diferenciada en la masa de células internas, que dará lugar al embrión. Al final de la segunda semana, el pre-embrión está implantado, y en el día décimo octavo comienza la formación de la estructura inicial del sistema nervioso o neurulación. Antes de la implantación, en ningún caso se puede hablar de aborto, porque aún no se ha iniciado la gestación. Es en la implantación cuando podemos decir que se dan las condiciones mínimas indispensables para asegurar la posibilidad de crecimiento y desarrollo del embrión. Al final de la octava semana, el tubo neural está claramente diferenciado y, a partir de este momento, el embrión se denomina feto. Lembo (2017)

### **1.3.1 embriones congelados y descongelados**

La realidad de poder congelar embriones se obtiene gracias a las técnicas de fertilización artificial, las cuales consisten en una serie de técnicas que asientan sus objetivos en la fertilización del ovocito humano fuera de su normal desarrollo, entendiendo como normal desarrollo a la unión sexualmente el hombre y la mujer.

Ahora bien, los embriones se congelan por motivos diversos, por ejemplo, cuando se realiza el acto de fecundación se dan embriones sobrantes los cuales se reservan para una segunda u otra intervención o tratamientos sucesivos con el fin de no repetir el proceso de obtención de óvulos de la mujer. Otro motivo de la congelación es que la pluralidad de embriones se destina al primer ensayo de transferencia, ya que se aconseja ante la estimulación del ciclo femenino se debe normalizar las condiciones fisiológicas antes del proceso. Otra motivación a la crioconservación es para la premeditada cesión para la adopción prenatal o para la maternidad subrogada o banca de embriones como material biológico para investigación o experimentación. García (2011).

En cuanto a lo contradictorio de este proceder se expone la dignidad humana, dando como razón la interrupción del normal desarrollo de la persona, tomando este acto como inhumano. Por otra parte se menciona que una vez obtenidos los embriones, no transferirlos es

también un acto de inmoralidad aberrante, privando así la posibilidad de desarrollarse y plasmar su cometido. También se puede mencionar un riesgo de mayor importancia como es el abandono de los embriones por parte de sus progenitores quedando éstos a la espera de ser utilizados, como un bien de consumo en vez de ser un hijo. García (2011).

Otro punto controvertido del proceso de fecundación es el descongelamiento de embriones, este acto humano posibilita una valoración moral que puede ser buena o mala, según el objeto del acto., la intención con que el sujeto actúa y las circunstancias que encierran el acto. Si bien descongelar embriones para que éste curse su normal y natural desarrollo se puede caracterizar como un acto bueno, moral. Pero es de vital importancia decir que el descongelamiento con la finalidad de eliminarlo o desecharlo porque no se requiere seguir alquilando la crioconservación, en este caso el acto se considera deliberado y directo de muerte. García (2011).

### **1.3.2 Posturas doctrinarias respecto al inicio de la existencia humana**

En el siguiente apartado se describen las diferentes posiciones sobre el comienzo de la vida humana, la teoría de la fecundación, teoría de la singamia, teoría de la implantación o anidación y por último la teoría de la formación del sistema nervioso central.

Recurriendo a Blasi (2005), se exponen a continuación:

#### **1.3.2. A Teoría de la Fecundación.**

También nombrada como la teoría de la penetración del óvulo por el espermatozoide. Radica en afirmar y sostener que el ovocito fecundado, en el transcurso normal de su desarrollo, conducirá a un ser humano. Esta corriente realmente afirma que estamos en presencia de una persona en acto, esto se debe a que con el simple desarrollo completa sus potencialidades. Pero, desde ese momento no se puede entender que existe una persona.

En conclusión, se afirma que la fecundación no da lugar a un ser humano, con un 'genoma' independiente y único. También se considera que solo hay una persona 'en acto', ergo que tiene la potencialidad de convertirse en tal, pero aún no lo es, no equivale a concepción, ya que no hay vida humana. Es relevante mencionar que esta teoría es la ratificada por nuestra legislación nacional. Blasi (2005).

### **1.3.2. B Teoría de la Singamia.**

Conocida como la teoría de la unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide. La fusión de los gametos masculino y femenino da lugar a la procreación, momento en el cual nos encontramos en presencia de un nuevo ser, un nuevo individuo, con existencia autónoma. Nacer es salir luego de haber adquirido el desarrollo requerido, por ende el ser humano es anterior al nacimiento. Blasi (2005).

### **1.3.2. C Teoría de la Implantación.**

Consideran que el inicio de existencia humana comienza con el efectivo posicionamiento del embrión en el útero materno, que se produce aproximadamente en el día 14 del inicio de la fecundación. Momento en el cual comienza el embarazo. (Albujar Moreno, 2012). En esta corriente no se tiene la certeza ni la seguridad de que los embriones ya alojados en el útero maternal sobrevivan y comiencen su ciclo normal de desarrollo, ya que menos del 50% de ellos no llegan al proceso de implantación. Blasi (2005).

Corriente validada por La Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del fallo “Artavia Murillo”.

### **1.3.2. D Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central.**

De acuerdo con Blasi (2005), esta corriente remarca que para que el inicio de la vida humana este presente debe estar completa la formación del sistema nervioso, es decir, del cerebro. Fundamentando que anterior a ello no existe una conciencia ni se experimenta ningún tipo de dolor, en rigor de verdad, solo es un ente en proceso de formación. Otro rasgo de esta teoría es que si la muerte se produce cuando dejan de existir rastros de actividad cerebral, la vida debería comenzar a partir de la misma. En contrario, esta corriente ha sido criticada por considerar al embrión como un ente antes del desarrollo cerebral, por otra parte se interpreta que las personas con disminución mental se consideren un ser inferior al resto.

### **1.3.3 status jurídico del embrión no implantado**

El tema relevante a desarrollar a continuación es ¿Qué estatuto jurídico corresponde al embrión no implantado? ¿Qué fundamento jurídico se le aplica?

Por un lado, al afirmarse que el embrión no implantado es persona, se toma una postura que pone en compromiso y alto riesgo las técnicas de alta complejidad (fecundación in vitro) ya que estos procesos dependen de la formación de embriones, posteriormente crioconservarlos para una nueva y futura implantación; sostener esta postura indica que no se podrían utilizar los embriones para un segundo intento de implantación y por consecuencia implantar todos los embriones en la primer transferencia pudiendo ocasionar un grave riesgo para la salud de la persona bajo el tratamiento. Asimismo se podría plantear que si se nos cayera una probeta con embriones ¿estaríamos frente a un genocidio? y posteriormente ¿se podría solicitar reparación del daño se los tendría que cuantificar como la perdida de una persona?, esta postura sin duda alguna lleva indefectiblemente a caer en lo absurdo. Bladilo (2017).

Es relevante mencionar que para justificar jurídicamente el estatuto del embrión se debe tomar en consideración el comienzo de la existencia humana.

#### **1.3.3. A. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación**

Para la correcta comprensión es trascendental citar la lo argumentado por La Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la fecundación in vitro y la vida humana:

La Corte considera que el embrión humano no es persona bajo el sistema interamericano, a pesar de que el artículo 4 de la Convención Americana habla de que el derecho a la vida está protegido desde la concepción. Para la Corte, el término "concepción" referido al inicio de la vida humana no se interpreta como coincidiendo con la "fecundación" y debe interpretarse como equivalente a implantación. También, afirma que el embrión humano concebido fuera del seno materno no sería persona si no está implantado porque fuera del seno materno no tiene posibilidad de sobrevivir. Sostiene que el derecho a la vida del ser humano antes del nacimiento tiene carácter relativo ante la vida privada y familiar afirma que la negación del acceso a la FIV es una forma de discriminación indirecta por discapacidad, género y condición socioeconómica. Lafferriere y Franck (2012)

Dejando claro la postura de La Corte, se alega que el embrión no implantado no es persona.

### **1.3.3. B Crítica a la sentencia de La Corte Interamericana de Derechos humanos**

Principalmente se considera que el fallo es injusto hacia la vida humana. Vulnerando el desarrollo embrionario y afectando los derechos fundamentales, como por ejemplo: el derecho a la vida, el reconocimiento de la personalidad, etc. Si bien en el veredicto no se niega que la vida comienza desde la concepción, pero se crea un artilugio para sostener que la concepción no equivale a la fecundación sino que la concepción se produce con la implantación. En rigor de verdad, no se estaría considerando al embrión humano en sí mismo, sino en la forma de concepción y al lugar en que se encuentra. Se reafirma que el embrión humano no es persona antes de la implantación, pero no se pronuncia respecto al embrión no implantado. Se distingue entre ser humano y persona, de manera tácita. Se relativiza el derecho a la vida durante la etapa prenatal, dando cierta esperanza al aborto. Lafferriere y Franck (2012)

### **1.3.3. C El embrión in vitro: persona no, ¿cosa?**

Ante lo mencionado en el punto anterior, se concluye que el embrión in vitro no es persona humana completa, pero se puede considerar que éste tiene un estatus moral intermedio. Al mismo se le debe respeto más allá de no poseer las distintas protecciones que la persona humana, consecuentemente, la protección correspondiente debe estar regulada en una ley especial. Ley que debe contemplar ésta nueva realidad y juzgar que es lo lícito o ilícito de la actualidad, dando comienzo por restringir su uso para fines humanos distinguidos. Además debe regular el destino de los embriones sobrantes crioconservados. Lamm (2015)

En rigor de verdad, el embrión humano es una nueva realidad para la ley que debe juzgarla, por lo que es lícito o ilícito hacer con esta realidad. Lamm (2015)

### **1.3.3. D Proyecto de ley para embriones no implantados**

Recientemente se ha presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto legislativo que establece la protección jurídica del embrión no implantado. El mismo tiene como base el presentado el 27 de mayo de 2014

En el proyecto se afirma que el embrión in vitro es objeto de protección según las disposiciones de la presente ley y normas complementarias, de conformidad con el desarrollo de la ciencia. Dando a entender que se debe procurar limitar el número de ovocitos a fecundar según el caso y de conformidad con las buenas prácticas médicas a fin de disminuir el número de embriones a criopreservar Artículo n. °12 del proyecto. Vittola (2017)

A partir de la inclusión de un glosario en el artículo n. °14), expresa la posición que adopta en relación a la definición del término "concepción", establece: a) Concepción o anidación: implantación del óvulo fecundado en las paredes del útero. b) Embrión: producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (ocho semanas después de la fecundación). c) Fecundación: penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos formando un cigoto. d) Fecundación in vitro: técnica de reproducción humana médicamente asistida cuya fecundación acontece de manera extracorpórea. Vittola (2017)

Además respecto a la revocación del consentimiento informado en relación a las técnicas de baja y alta complejidad, artículo n. °29. En el artículo n.°33 establece que los derechos sobre los embriones corresponden a sus titulares y previendo los destinos posibles de los embriones artículo n.° 34, °35 y °43. Respecto de estos últimos se contempla un plazo máximo de criopreservación de 10 años y la posibilidad de disponer el cese de la misma, al igual que el proyecto que perdió estado parlamentario. Incorpora la posibilidad excepcional de seleccionar embriones histocompatibles, artículo n. °37 y un capítulo específico destinado a la regulación de la investigación con embriones, artículos n. °63 a °65. Continuando con la posibilidad de llevar adelante el DGP, definiendo la finalidad específica con que debe ser autorizado, artículo n. °86, así como la prohibición expresa de que los embriones afectados y los sanos portadores de alguna anomalía sean donados con fines reproductivos, artículo n. °90. Vittola (2017)

Por último, en el Título XI de Prohibiciones, infracciones y sanciones. El artículo 106 prevé la protección del embrión no implantado: "Queda expresamente prohibido y es objeto de las sanciones que establece la presente ley:

- a) la selección de sexo de embriones con fines sociales;
- b) la comercialización de embriones;
- c) la creación de embriones únicamente con fines de investigación;
- d) todo tipo de manipulación genética que no tenga fines terapéuticos;

- e) el intercambio genético o la recombinación con otras especies para la obtención de híbridos;
- f) la transferencia de embriones al útero de otra especie y viceversa;
- g) la clonación en seres humanos con fines reproductivos;
- h) la creación de quimeras."

En los artículos siguientes se definen cuáles son las infracciones según sean consideradas muy graves, graves y leves y las sanciones correspondientes. Vittola (2017)

Este es el proyecto que intenta suplir el vacío legal disponible, contando con una ley clara y precisa brindando una solución a al pueblo Argentino, otorgando igualdad y seguridad jurídica.

## **1.4 Recorrido legislativo**

### **1.4.1 Introducción**

A continuación se realizará un análisis de las distintas disposiciones que contemplan la figura del embrión humano en estado de criopreservación producto de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA). Comenzando con nuestra Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación, ley n. ° 26.862 de Reproducción Medica Asistida y su respectivo Decreto reglamentario; y demás normas abocadas a la figura en cuestión que nuestro ordenamiento adhiere y les concede por medio del principio de convencionalidad jerarquía constitucional.

### **1.4.2 Constitución de la Nación Argentina – Ley n. °24.430**

Nuestra carta magna no establece una norma específica en cuanto al inicio de la existencia humana, ya que en su extensa reglamentación se halla el artículo n. °75, inciso 22 el cual expresa y otorga jerarquía constitucional a diversos tratados y convenciones.

Algunos de los tratados con jerarquía constitucional son: la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), y a la Convención sobre los Derechos del Niño – ente otros– estos contemplan en sus disposiciones las posturas referidas al comienzo de la vida, por lo tanto forman parte de nuestro ordenamiento vigente.

#### **1.4.2. A Convención Americana de Derechos Humanos**

La Convención Americana de los Derechos Humanos, suscripta en San José Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23054, denominada también “Pacto de San José de Costa Rica”, se contempla en su artículo 2 la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación de esta Convención, por otra parte en su artículo 1 expresa que “persona es todo ser humano”. Asimismo su artículo 3 reza “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. (Ley n. °23.054, 1984).

Y por último el controvertido artículo 4.1 estableciendo “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.<sup>1</sup> Artículo que ha sido interpretado y analizado por diferentes posturas doctrinarias para establecer cuando realmente comienza la concepción, y así poder resolver los conflictos jurídicos motivados por la figura del embrión humano.

#### **1.4.2. B Convención sobre los Derechos del Niño**

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), manifiesta en su reglamentación sobre el comienzo de la existencia humana y enuncia en su artículo 6 “Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (...) Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (Ley n. °23.849, 1990).

Esta disposición deja en manifiesto que la vida debe respetarse y protegerse desde la concepción, y consecuentemente el derecho a la vida es inherente a toda persona.

Argentina adhiere a esta convención otorgándole jerarquía constitucional quedando sujeta a todas sus disposiciones respetando el principio de Convencionalidad.

---

<sup>1</sup> Ley n. °23.054 “Pacto de San José de Costa Rica”. Sancionada el 1° de marzo de 1984. Promulgada el 19° de marzo de 1984.

### 1.4.3 Código Civil y Comercial de la Nación – Ley n. °26.994

Nuestro código regido desde el 1° de Agosto del año 2015 dictamina en su artículo n.º 19 cuando comienza la existencia humana expresando: “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”<sup>2</sup>, se puede decir que el código considera persona humana cuando esta es concebida, pero no establece cuando se genera la concepción, arribando a la conclusión e interpretación de las distintas legislaciones y jurisprudencias, mas allá de los dictámenes de la CADH y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ya afirmando y sin duda alguna que el embrión implantado es persona humana, prosigue el artículo n.º 21 declarando irrevocablemente sus derechos con la condición de nacer con vida, de lo contrario se considera que nunca existió<sup>3</sup>. En el caso de embrión no implantado se interpreta que al no ser fecundado no existe la posibilidad de desarrollarse por sus propios medios, lo cual significa que jamás ha existido. Este artículo tiene vital concordancia con el enunciado n.º 561 sostiene que, "El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión"<sup>4</sup>, se contempla sin duda alguna que el embrión no es persona, caso contrario la revocación del consentimiento se permitiría hasta la fecundación, y no hasta el implante. Lamm (2015).

También se encuentra vigente la disposición transitoria segunda donde menciona que la protección del embrión no implantado se reserva para una ley especial, ratificando que el embrión no es persona, caso opuesto, estaría regulado en el propio texto del Código Civil y Comercial. En la misma línea, el Código regula la filiación derivada de las TRHA, indicando que indudablemente el embrión pueda considerarse persona. Esto se condice con la normativa de la ley 26.862, donde permite la crioconservación de embriones, la donación de embriones y la revocación del consentimiento hasta el momento del implante. Lamm (2015).

A continuación se expone una contradicción entre el código Civil y Comercial y las técnicas de reproducción humana asistida.

El Código Civil e en relación con los derechos sobre el cuerpo humano expresa:

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

---

<sup>2</sup> Ley n.º 26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

<sup>3</sup> Ley n.º 26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

<sup>4</sup> Ley n.º 26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales<sup>5</sup>.

Se entiende que la titularidad sobre el cuerpo de un embrión se encuentra en sus progenitores o, en su caso, en la clínica que dispone del servicio, pero al momento de conservarlos y congelarlos para un futuro tratamiento se origina el conflicto en cuanto a la protección o no del cuerpo humano, proceso que en varias oportunidades, deriva con el fallecimiento de estos embriones producto de una manipulación científica en el ámbito de la fertilización asistida, ante lo dicho se concluye que no se toma en consideración la protección de toda forma de vida.

Siguiendo el lineamiento de toda forma de vida se afirma en el artículo n. °57 que se prohíbe cualquier procedimiento que pueda producir alteraciones biológicas en el embrión que se transmita a su descendencia<sup>6</sup>.

Nuestra legislación anuncia su postura respecto de la protección al embrión en su desarrollo, confirmando la atribución del carácter de persona al mismo. Es decir, que se protege al embrión como una etapa de la vida humana que merece ser resguardada. Asimismo surge una contrapuesta respecto de los métodos de las TRHA para establecer un embarazo positivo, donde se manipulan los embriones para ser catalogados como aptos para la implantación en el útero materno, comprometiendo su destino y concretando una afectación evidente de los principios de igualdad y no discriminación y por ende, colocando el artículo mencionado en alto riesgo.

#### **1.4.4 Ley n. °26.862: Técnicas de Reproducción Medicamente Asistida**

La correspondiente ley n. °26.862 referida al “Acceso integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida” sancionada en el año 2013 y su decreto reglamentario 956/2013, la misma es considerada una reglamentación altamente significativa en materia legislativa, ampliando derechos permitiendo a todo individuo que por dificultades biológicas no pueda conformar una familia, lo pueda realizar mediante el acceso a estas técnicas.

Dicha ley se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del

---

<sup>5</sup> Ley n. °26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

<sup>6</sup> Ley n. °26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos). A demás establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin requisitos o limitaciones que violen los principios de no discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. Ministerio de Salud de la Nación Argentina (2013).

Asimismo, brindar una cobertura integral de tratamiento, así también como las técnicas de baja y alta complejidad en caso de ser necesarias. Todo ello, a partir del Programa Médico Obligatorio (PMO).

Es noble mencionar que para la sociedad fue un cambio notable y muy evolucionado, pero a su vez es una de las legislaciones más criticadas por la falta de claridad interpretativa en sus normativas, suscitando conflictos entre las personas por iniciar un tratamiento de fertilización y las obras sociales prepagas y demás entidades obligadas interponiendo excusas burocráticas para la no efectiva cobertura del tratamiento, conduciendo a estos individuos al camino de la justicia.

Respecto al decreto reglamentario 956/2013<sup>7</sup> con relación a las TRHA de baja complejidad, una persona puede acceder a ellas hasta cuatro veces en un año. Y, en lo que respecta a las de alta complejidad, hasta tres veces por año en períodos de tres meses entre cada tratamiento.

Para un mayor conocimiento, se consideran tratamientos de baja complejidad a aquellos en que la fecundación se produce dentro del útero femenino, lo que se correspondería con el tipo de fecundación “intracorpórea”, por ejemplo: procedimiento de Inseminación Artificial (IIU), o bien, mediante la programación específica de relaciones sexuales. Las de alta complejidad consisten en la fecundación que se realiza fuera del útero femenino, es decir, en un laboratorio, conocida como la fecundación “extracorpórea”, tales como la técnica de la Fecundación In Vitro (en adelante FIV) y la Inyección Intracitoplasmática.

---

<sup>7</sup> Ley n°. 26.862 “Reproducción Medicamente Asistida”. Sancionada el 5° de junio de 2013. Promulgada el 25° de junio de 2013.

## 1.5 Conclusiones parciales

Principalmente se celebra cada avance científico relacionado a la procreación. Dicho avance ha logrado, a partir del surgimiento de la Bioética en relación a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, concederle un carácter que va más allá de lo medicinal sino social, otorgando a la Bioética sus respectivos principios de autonomía y justicia para ampliar el ámbito de aplicación de la misma.

En el mismo orden, cabe mencionar que el derecho debe acompañar esta disciplina ya sea limitando o ampliando su ámbito de desarrollo siempre y cuando se respete el derecho a la vida y la dignidad humana.

Por otra parte, cuando se nombra a embriones humanos no implantados surgen diversos conflictos en cuanto a ¿Qué status jurídico pertenece?, exponiendo las normativas vigentes y reconociendo en ellas una laguna legal que para subsanarla se contemplan las diferentes posturas doctrinarias apuntando si el embrión ¿es persona o cosa?, arribando a la conclusión de que es una persona con moralidad intermedia, ya que ratificando lo dictaminado por la Convención Americana de Derechos Humanos el embrión no implantado no es persona, pero tampoco es una mera cosa, por consiguiente este debe ser respetado como persona.

Razón por la cual aligera a las reglamentaciones respecto de los embriones, a proteger dicha figura y considerando una “ley especial” que los fundamente y los ampare.

# CAPÍTULO 2

## **2.1 Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

### **2.1.1 Introducción**

En estos últimos años, nuestro país, ha sido producto de avances tanto tecnológicos, científicos y legislativos. Debido a los rotundos cambios sociales se pueden nombrar la sanción de leyes que han impactado positivamente en nuestro ordenamiento, el surgimiento de la ley n. °26618 de Matrimonio Igualitario en el año 2010, por otra parte en el año 2012 se sanciona la ley n. °26.743 de Identidad de Género y en cuanto a las técnicas de reproducción asistida en el año 2013 surge la ley n. °26.862 y su decreto reglamentario, de suma relevancia ocupándose plenamente del acceso integral de cobertura médica. Posteriormente en el año 2015 es aprobado el Código Civil y Comercial de la Nación enunciando en su amplio articulado la integración de normas referidas a las técnicas de reproducción asistida, por consiguiente reconoce una tercera fuente filial adhiriéndose y apostando a un proyecto de familia novedoso y necesario.

Por otra parte, es necesario establecer ¿En qué consisten las técnicas de reproducción humana asistida? Chmielak (2018) explica que se trata de procedimientos técnicos ordenados a la concepción de un ser humano por una vía distinta de la unión sexual entre varón y mujer o de técnicas procreativas que buscan colaborar en todo o parte del proceso u acto de procreación, siendo múltiples los móviles que impulsan a las personas a recurrir a dichas intervenciones, como ser: la esterilidad, la infertilidad, motivos de índole genética, entre otros.

Estas técnicas poseen una clasificación conforme al criterio que se adopte. El principal criterio es los gametos utilizados; y segundo de donde se produce la unión entre óvulo y esperma.

En el criterio primero, la Técnica de Reproducción Humana Asistida puede ser heteróloga u homóloga dependiendo de si se requiere o no de un dador de gametos, es decir, de un tercero donante de esperma u óvulos. El segundo lineamiento, la técnica puede ser intra o extracorpórea, dependiendo del tipo de fecundación, ya que si es dentro del cuerpo de la mujer o fuera de este.

Se puede mencionar que al realizarse la fecundación dentro del cuerpo esta es llamada técnica de baja complejidad. Dentro del cuerpo la técnica se la conoce como de alta complejidad, como por ejemplo la fecundación in vitro.

Por último, se menciona que en uno u otro caso se puede recurrir a la donación de gametos y/o embriones, pero estos deben provenir de bancos debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud, dependiente del Ministerio de Salud. Chmielak (2018)

### **2.1.2 Verdad biológica y voluntad procreacional**

Sin duda alguna es el principio de respeto por la verdad biológica uno de los pilares fundamentales del régimen de filiación y el legislador guardaba silencio respecto a la voluntad procreacional para obtener que ambos elementos siempre interactúen juntos. Con la sanción del Código Civil y Comercial de La Nación, esta alianza no resulta posible en supuestos de TRHA donde el elemento biológico (presente total/parcialmente y/o ausente) no es primordial ya que es reemplazado por el elemento volitivo que actúa en esta fuente como elemento que define el vínculo filial. En consecuencia la norma de la filiación por naturaleza y la filiación por TRHA tienen una regulación diferenciada que guarde armonía con los principios que sostienen cada fuente. Krasnow (2014)

Ahora bien, se debe distinguir tres aspectos vinculados al acto procreacional, krasnow (2014) establece y explica cada uno de ellos:

1) la voluntad de la unión sexual: La voluntad de la unión sexual es la libertad de mantener relaciones sexuales que puede estar unida o no al deseo de procrear.

2) la voluntad procreacional: La voluntad procreacional es el deseo e intención de crear una nueva vida, tutelándose así el derecho de toda persona a decidir con plena libertad el tener o no un hijo.

3) la responsabilidad procreacional: deriva del hecho de la procreación (natural y/o asistida) y de las consecuencias que este hecho produce. Si la unión sexual produce la fecundación, nace una responsabilidad directa sobre los progenitores respecto de la persona por nacer que se exterioriza en el ámbito normativo en el instituto de la responsabilidad parental, cuyo contenido abarca un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto a la persona y bienes de sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad dispuesto por el artículo n. °264<sup>8</sup> de nuestro ordenamiento.

Por el contrario en la filiación por TRHA los mismos recaerán en quien/quienes hubieran exteriorizado su voluntad procreacional a través del consentimiento informado. La concurrencia de los tres elementos se analiza sin considerar el elemento biológico;

---

<sup>8</sup> Ley n. °26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

observando particularidades que denotan una gran diferencia con la filiación por naturaleza. Krasnow (2014)

Para una mejor comprensión se listan ejemplos al caso:

- La disociación entre unión sexual y procreación en la inseminación y/o fecundación asistida.

- El vínculo no se reduce a la pareja (casada o conviviente), sino que comprende al equipo médico que colabora desde su saber en el proceso reproductivo.

- Disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional cuando una pareja recurre a material genético de tercero dador/a, primando para la determinación del vínculo la voluntad por sobre lo biológico.

- Concentración en una sola persona de la voluntad y responsabilidad procreacional sin unión sexual.

- Probable disociación entre padre/madre genético, madre gestacional y padre/madre legal.

- Proceso vital discontinuo en el supuesto de embriones crioconservados.

Es importante comentar que ante lo expuesto la manifestación de la voluntad y responsabilidad procreacional se exterioriza en el consentimiento informado, dejando de pertenecer la procreación al ámbito íntimo para trascender al ámbito público. Krasnow (2014)

Al analizar los aspectos vinculados al acto procreacional y de las distantes fuentes filiatorias es destacable mencionar el artículo que dispone sobre la voluntad procreacional de nuestro ordenamiento:

Artículo n. °562: Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer 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.<sup>9</sup>

La respectiva disposición aclara, en lo que respecta al ámbito de aplicación de las TRHA, que es indispensable para determinar la filiación que la voluntad sea manifestada y libre para así someterse a las técnicas de reproducción asistida para obtener un embarazo exitoso, con total autonomía e independencia del elemento biológico.

---

<sup>9</sup> Ley n. °26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

### **2.1.2. A Concepto**

Según el lenguaje del Código, se describe a la voluntad procreacional al consentimiento expresado por una persona para asumir la calidad de progenitor de quien será gestado mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida.

La participación en la gestación es diferente según el caso, debido a la posibilidad de disociar la aportación de gametos, el proceso gestacional y la vinculación parental. Galli Fiant (2018)

Los siguientes son los casos mencionados: la mujer que dará a luz gracias a una técnica de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) de baja complejidad será aportante del óvulo fecundado en forma intrauterina, pero puede serlo o no en caso de TRHA extracorpórea; el varón que expresa su voluntad procreacional puede ser o no aportante de espermatozoides, sea la TRHA de baja o alta complejidad; y la otra mujer que ha expresado su voluntad procreacional puede ser o no aportante de óvulo cuando la TRHA es extracorpórea. En definitiva, es posible que la pareja femenina o masculina de quien dará a luz carezca de toda participación física en el proceso gestacional por no ser aportante de gametos. Galli Fiant (2018)

### **2.1.3 La tercera fuente de filiación**

Cuando se hablaba de filiación, solo se reconocían dos fuentes filiales las ya conocidas por naturaleza y por adopción. Nuestro ordenamiento incorpora una tercera fuente filial.

Dicha fuente se establece en el artículo n. °558, disponiendo: “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”<sup>10</sup>.

La norma señala la igualdad de efectos de la filiación por adopción plena, por naturaleza o por TRHA (en adelante TRHA), ya sea matrimonial y extramatrimonial, expidiendo los certificados de nacimiento correspondientes sin indicación de la fuente filiatoria.

---

<sup>10</sup> Ley n. °26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

Para un mejor entendimiento, parafraseando a Iturburu (2015), diremos que la filiación por naturaleza o también denominada “biológica” y la filiación adoptiva, se le agrega como una tercera fuente filial, la derivada por el uso de las técnicas por reproducción humana asistida, con reglas propias, que ameritan autonomía. Históricamente se distinguió entre la filiación biológica y la adoptiva, según a qué elemento se le diera preponderancia. En cuanto a la filiación por naturaleza predominaba el elemento biológico-genético, mientras que en la adoptiva preponderaba el elemento volitivo (la voluntad). De esta forma se permitió la disociación de tres elementos: el genético, el biológico y el volitivo.

Si bien, en filiación por adopción como en la filiación derivada por el uso de las TRHA, el vínculo se determina por el elemento volitivo, se distan porque esa voluntad en la filiación derivada de las TRHA, debe ser manifestada a través de los consentimientos requeridos legalmente y debe prestarse con carácter previo al nacimiento. Concluyendo que mientras en la filiación derivada de las TRHA el elemento volitivo está presente desde el origen de la persona (el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad), en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño (el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo). Iturburu (2015)

Esta nueva forma de reproducción sin sexo ha expandido el horizonte de los tipos de familia tradicionales, afirmando que estas técnicas permiten ser padres a quienes no podían serlo, caso contrario sucedía años atrás. Realmente era imposible la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la maternidad o paternidad de ambos miembros de una pareja del mismo sexo; ante la incorporación de esta tercera fuente filial es de carácter distinguido mencionar que el Código Civil y Comercial sigue de cerca los diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos a los cuales adhiere con jerarquía constitucional. Herrera, Lancuba y De la Torre (2014)

#### **2.1.4 consentimiento informado**

Cuando se trata de derechos personalísimos, particularmente en los derechos a la salud y a la disposición del cuerpo humano, se contempla que la normativa no es absoluta sino relativa, ya que se constituye de la manifestación de la voluntad, exteriorizada por medio del consentimiento. Lembo (2017)

Se define al consentimiento informado como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de brindársele una suficiente información referida a la

dolencia, al procedimiento o la intervención que se le propone como medicamento aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. Herrera, et al. (2014)

Explicando la anterior conceptualización, cuando el médico se expresa, el paciente debe considerar en plena libertad dentro de las opciones posibles respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento ni intervención. En todos los casos el paciente posee información integral, ha sido capaz de comprenderla y ha contado con un tiempo prudencial para analizar y tomar una decisión. Esta decisión conlleva a prestar su consentimiento en un acto que posee todos los elementos de un acto jurídico: discernimiento, intención y libertad; más su exteriorización, originada en un contrato de consentimiento informado firmada por el paciente. Coincidiendo plenamente con el artículo n. °913 del Código Civil y Comercial el cual dispone: "ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste"<sup>11</sup>. Herrera, et al (2014)

Por otra parte, el Código Civil y Comercial contempla en consentimiento respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, disponiendo:

Artículo n. °560 "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 proceda a la utilización de gametos o embriones"<sup>12</sup>

Tal cual menciona Herrera, et al. (2014), se puede considerar que el consentimiento informado es de menester importancia, ya que constituye la prueba de la filiación y crea la voluntad procreacional generando el vínculo jurídico entre padres e hijos en los casos de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En concordancia con consentimiento informado nuestro ordenamiento establece:

Artículo n. °575: "en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena"<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Ley n. °26.994 "Código Civil y Comercial de la Nación". Promulgada el 7º de octubre de 2014. Publicada el 7º de octubre de 2014.

<sup>12</sup> Ley n. °26.994 "Código Civil y Comercial de la Nación". Promulgada el 7º de octubre de 2014. Publicada el 7º de octubre de 2014.

<sup>13</sup> Ley n. °26.994 "Código Civil y Comercial de la Nación". Promulgada el 7º de octubre de 2014. Publicada el 7º de octubre de 2014.

De este modo se plasma el principio de voluntad procreacional más allá del origen genético. Asimismo se establece que concretado el consentimiento no se genera ningún vínculo jurídico con terceros en la utilización de gametos.

En cuanto a la forma del consentimiento nuestro ordenamiento dispone:

Artículo n. °561 “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”<sup>14</sup>

A su vez, el artículo 562 requiere que el consentimiento previo, informado y libre (en concordancia con los artículos n. ° 560 y n. °561) sea debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas.

Por otra parte, el artículo n. °7 del Decreto 956/2013 establece que “el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad”<sup>15</sup>, también el artículo n. °3 del citado decreto indica que: El consentimiento y su revocación deberán ser certificados en cada caso por la autoridad de aplicación, fijada por la ley especial en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación y la Superintendencia de Seguros de Salud, quienes podrán coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida.<sup>16</sup>

En referencia a la instrumentación del documento que contiene el consentimiento informado, vamos a considerar los siguientes puntos: El vínculo filial deriva de un acto voluntario y lícito, la concreción del documento quedará determinada no solo antes del nacimiento sino antes de la concepción, el documento emanado de el/los solicitante/s de las TRHA genera un vínculo filial indestructible e irrevocable por ser el elemento prueba de la filiación, debe ser recabado por el centro de salud interviniente, protocolizado por escribano público o certificado por la autoridad sanitaria correspondiente. Lembo (2017)

Es lógico que si se habla de instrumentación, se dirá que son necesarios ciertos requisitos para que el consentimiento informado sea viable.

---

<sup>14</sup> Ley n. °26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

<sup>15</sup> Ley n°. 26.862 “Reproducción Medicamente Asistida”. Sancionada el 5° de junio de 2013. Promulgada el 25° de junio de 2013.

<sup>16</sup> Ley n°. 26.862 “Reproducción Medicamente Asistida”. Sancionada el 5° de junio de 2013. Promulgada el 25° de junio de 2013.

Herrera, Lancuba y De la Torre (2014), detallan los requisitos para establecer un consentimiento jurídicamente válido:

- Personal: la información debe ser brindada al paciente ya que él es quien puede decidir sobre su propio cuerpo. Sólo en los casos en que el paciente no pueda manifestar su consentimiento, la información puede ser brindada a un familiar.
- Consciente e informado: Se debe comunicar en forma clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, la patología, cuál es el tratamiento recomendado a realizar, su necesidad, sus beneficios, los riesgos, posibles efectos secundarios, como así también los posibles medios alternativos. Más allá de su contenido, debe tenerse en cuenta que otros factores influyen para el mejor entendimiento del paciente, como por ejemplo, la adaptación de la información, excluyendo aquellos términos o cuestiones técnicas que dificulten la comprensión. De esta manera, el profesional debe tener en cuenta las circunstancias y condiciones socio-culturales de los pacientes, así como sus ideas, convicciones, creencias, deseos y valores. Por consiguiente, se debe personalizar la información teniendo una comunicación abierta, sincera, generando confianza y brindándose a las reglas de la buena fe. Asimismo, lo ideal sería que la personalización genere un consentimiento informado redactado para cada persona en particular en base a su caso en concreto y no se trate de un simple formulario pre-impreso.
- Actual: El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de TRHA, antes del inicio de cada una de ellas y sólo integra aquél por el cual se consintió. En este sentido, posee un carácter temporal. Cuando se expresa que debe ser con antelación al tratamiento, no significa que debe haberse prestado meses antes de la práctica sino que debe ser contemporáneo a la misma.
- Manifiesto: La Ley de derechos del paciente prescribe que puede otorgarse en forma verbal o escrita en forma indistinta. Sin embargo, plantea que debe realizarse en forma escrita indefectiblemente cuando se trate de supuestos de internación; intervención quirúrgica; procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, como es el caso, y procedimientos que implican riesgos.
- Libre: El paciente deberá consentir sin coerción o presión.
- Gratuito: Es un elemento indispensable para su validez y que se produce, como consecuencia, del ejercicio de un derecho personalísimo.
- Solicitado o requerido: El profesional debe pedir el consentimiento

informado al paciente. No puede influenciarse por manifestaciones aisladas o por lo que pudo entender.

- Recepticio: El paciente debe comunicar su decisión al médico.
- Específico: Como bien se mencionó con anterioridad, no puede ser genérico, sino que debe realizarse teniendo en cuenta el caso de cada paciente.

De los requisitos expuestos, deben agregarse dos más que la Ley de Derechos del Paciente establece:

- Obligatorio: Sea cual fuere el ámbito médico-sanitario en el que se desarrolla la relación médico-paciente (público o privado) se estipula su obligatoriedad.
- Revocable: El paciente puede revocar su decisión en cuanto a rechazar o consentir tratamientos médicos, debiéndose dejar expresa constancia de ello en la historia clínica. Herrera, et al. (2014)

Continuando con la revocación del consentimiento el Código Civil y Comercial expone:

Artículo n. °561 “el consentimiento es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”<sup>17</sup>

El articulado refiere que todas las personas sometidas a las técnicas de reproducción asistida de baja complejidad pueden desistir del tratamiento hasta el momento de la concepción. Mientras que las personas dentro del proceso de fecundación de alta complejidad pueden renunciar al tratamiento hasta el momento de la implantación de los embriones. Lembo (2017)

La revocación del consentimiento genera conflictos jurídicos, originados por un vacío legal, refiriendo al destino de los embriones en casos de renunciar al tratamiento o al fallecimiento del otorgante del consentimiento. Lembo (2017)

---

<sup>17</sup> Ley n. °26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

### **2.1.5 conclusiones parciales**

En los últimos años la evolución científica ha sido considerada beneficiosa para la sociedad y en consecuencia el derecho debe proteger y delimitar estos avances para evitar todo abuso en cuanto a la procreación, a la dignidad humana y a disponer uno mismo de su cuerpo. Cuando se menciona las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, en mi opinión se habla de dar vida, dar a las personas con el deseo y la voluntad de procrear la oportunidad inigualable de formar una familia, que hace años, era imposible pensar en tener hijos mediante técnicas de fecundación.

La incorporación de una tercera fuente de filiación ha reforzado sin dudas la voluntad a las personas con el sueño de crear un proyecto familiar, considerando que era un obstáculo muy difícil, anterior a esta norma, a la hora de realizar las correspondientes inscripciones en el Registro Civil de las Personas.

No obstante, queda un camino arduo por recorrer, fundamentado en la vaga reglamentación que se originan en torno a las parejas o persona que estando transcurriendo por el tratamiento de fecundación, decide revocar su consentimiento y cuando fallece el otorgante del consentimiento, se suscita un conflicto en cuanto al destino de los embriones en estado de criopreservación.

Estas problemáticas además de análisis doctrinarios, se debe contemplar las opiniones filosóficas, éticas, biológicas, científicas, sociales, morales, religiosas y por supuesto jurídicas. Para obtener un ordenamiento justo para toda la sociedad.

# CAPÍTULO 3

## **3.1 Fecundación post mortem**

### **3.1.1 Introducción**

La fecundación post mortem (en adelante FPM), es parte de un supuesto especial de la técnica de reproducción humana asistida (en mas TRHA), la cual consiste en la fecundación del óvulo de la mujer con semen de una persona fallecida. No se configura este supuesto en caso de que la implantación del embrión crioconservado se produjese con anterioridad a la muerte del aportante o pareja.

Salturi (2017), menciona respecto a la relación a los sujetos, que se identifican tres supuestos: el primero es que el miembro supérstite de la pareja o matrimonio (heterosexual o del mismo sexo) se mujer, esto conlleva a que su cuerpo es apto para la FPM; en segundo lugar en caso de ser varón implica considerar la gestación por sustitución; el último supuesto es que en caso de que ambos fallezcan se debe recurrir también a la gestación por sustitución.

En relación a las modalidades se establece que las técnicas se utilicen con un embrión crioconservado de la pareja, ya producido en la vida de ambos o que el embrión sea obtenido con material genético criopreservado de la persona fallecida o a través de la extracción de su cadáver. Salturi (2017)

Ferrer (2018) expresa que cuando fallece el hombre sin que se hayan utilizado todavía sus gametos, pueden estos destruirse o donarse; pues en ellos no existe vida humana. Por el contrario, si fallece después de que los médicos especialistas lograron en probeta la fusión in vitro del espermatozoide con el óvulo, ya tenemos el comienzo de un nuevo ser humano. La circunstancia de que el embrión se encuentre crio-conservado, no implantado, no le quita su condición humana.

En la realización de las técnicas médicas de reproducción humana asistida post mortem se generan dos supuestos: la utilización de gametos y la transferencia de embriones.

Esto se debe a que ambos no tienen la misma naturaleza biológica: en los embriones ya existe el principio de una persona humana, que falta en los gametos. En los espermatozoides y en los óvulos, considerados en su singularidad y separadamente, no hay vida humana, solo existen cuando se fusionan, por lo tanto la solución debe ser diferente. Ferrer (2018)

Ahora bien, en Argentina existe un silencio legal en cuanto a la FPM, originando conflictos y vulnerando derechos.

En una breve historia, se nombra que con anterioridad al Código Civil y Comercial, existía una forma de regular esta figura, con reglas claras y precisas, se contempló en el

anteproyecto del actual Código. Posteriormente, luego del debate parlamentario la redacción fue eliminada ante la efectiva sanción del nuestro ordenamiento (ley n. °26.994), por ende, cable resaltar que el vacío legal por parte de nuestros legisladores provoca en las personas incertidumbre e inseguridad jurídica.

### **3.1.2 Análisis del Anteproyecto**

En nuestro país el anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial, contemplaba de manera expresa la figura de la fecundación post mortem, esto motivó discusiones en el orden moral, religioso, político y jurídico.

Dicho proyecto se basaba en la regulación post mortem de la ley Española (14/2006).

En su articulado n. °563 disponía: “Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vinculo 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”

Además, se configuraban dos supuestos para la procedencia de la FPM, establecía: “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 n. ° 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”.

Remitiendo al artículo n. °563 del anteproyecto, es relevante mencionar que la quita de la normativa ha tomado un estado negativo, pero el modo el cual se regula dicha norma, no es el correspondiente.

Principalmente, el artículo mencionado enunciaba: "En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz...", "concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella", "sean transferidos en la mujer".

En la primera parte del articulado se estipula una igualdad de género incluyendo a parejas heterosexuales, como también del mismo sexo. En cuanto “a la mujer que da a luz” no es correcto apuntar solo a la mujer con la oportunidad de gestar, ya que los hombres transexuales también pueden hacerlo. Lo correspondiente hubiera sido suplantarse las palabras mujer por “persona”, configurando la integridad y ajustándose a la realidad como así también

a la Ley de Identidad de Género. Ya que de no ser así, se produciría una discriminación no tolerada por nuestro ordenamiento. Cassan, Gaitan (2018)

Además, el primer requisito, restringe la FPM a la implantación de embriones en el útero, cuando dicha figura encierra, no sólo ésta técnica (intracorpórea), sino también la extracorpórea (inseminación artificial). De modo que si, en un caso hipotético, la persona con aptitud para producir semen consiente la utilización del mismo luego de su muerte (por la razón que sea), haciendo una interpretación literal, la técnica no podría ser llevada a cabo. Tendría que unir los gametos fuera del útero, para así crear al embrión y luego implantarlo. Cassan, Gaitan (2018)

Esta normativa no fue establecida en el Código actual. Por lo tanto, se genera una falta de legislación en lo relativo a la filiación en el supuesto especial de la FPM.

Caso contrario sucede en el ámbito del derecho sucesorio, ya que en su artículo n.º 2279, referido a la capacidad para suceder, dice: “Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: 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”<sup>18</sup>; se puede deducir que el Código Civil y Comercial prevé la capacidad de heredar de la persona que naciere bajo la figura de fecundación post mortem siempre que el consentimiento informado se establezca en los términos que regula la normativa civil y comercial. Herrera (2017)

Esta norma es carácter restrictivo de la normativa sucesoria en análisis, ya que si en la primera oportunidad fracasara el procedimiento, no se contaría con un nuevo consentimiento informado, consecuentemente no se podría continuar con el procedimiento. Se torna evidente que esta previsión habría quedado en el texto por omisión de quitarla, cuando así se hizo con el mencionado artículo 563 proyectado. Herrera (2017)

El Código Civil y Comercial se perdió una valiosa oportunidad de regular el tema en análisis por presiones de la Iglesia católica. Sin embargo, la quita del articulado durante el debate parlamentario ha sido acertada. Permitir la FPM sólo ante la existencia de embriones in vitro constituye una opción legislativa sumamente restrictiva, es decir, absolutamente contraria a la idea de que el embrión no es persona. Debe tener, en materia de FPM, el mismo tratamiento jurídico que los gametos, de conformidad con la doctrina que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado fallo Artavia Murillo y otros contra

---

<sup>18</sup> Ley n.º 26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7º de octubre de 2014. Publicada el 7º de octubre de 2014.

Costa Rica<sup>19</sup>, del 28 de noviembre de 2012 y reafirmado en el fallo del 26 de febrero de 2016 en el proceso de seguimiento o cumplimiento de sentencia. Herrera (2017)

Explica Herrera (2017), en el caso de sancionado el código como estaba redactado, se hubiera incurrido en una contradicción, no sólo a la luz de la jurisprudencia convencional citada, sino también del propio Código Civil y Comercial. Ya que el Código remite a una ley especial para la regulación del embrión in vitro.

Los argumentos fundamentales de los académicos y profesionales que están a favor de la FPM son: 1) Autonomía de la voluntad: proyecto parental, consentimiento expreso para la realización de la FPM. 2) El embrión in vitro no es persona; por lo tanto, la FPM no es solamente viable cuando existen embriones, sino también cuando se trata de material genético criopreservado. 3) Diversidad de familias. Desde su óptica, no se trata de niños huérfanos, pues éstos son aquellos que no tienen padre ni madre; en estos casos, sí tienen una madre y, en este sentido, la familia monoparental es tan familia como cualquier otra y debe ser, por tanto, respetada y valorada por igual. 4) Limitación en el tiempo: algunos autores insisten en regular este instituto pero, responsablemente, hacen notar la necesidad de establecer un plazo determinado para la posibilidad de recurrir a FPM para así salvaguardar los derechos de todas las partes: cónyuge superviviente, difunto/a, herederos y futuros niños nacidos por FPM. Perez (2014)

En opinión opuesta Sambrizzi (2012), no coincide con el contenido de la normativa contemplada en el anteproyecto, en particular con el artículo n. °563, expresando que el procedimiento de la fecundación post mortem conlleva a que el niño nacido por estas técnicas se encuentre con un solo padre vivo, privando a éste de la atención y la relación con el otro progenitor, afectando su personalidad y desarrollo, atentando contra su legítimo interés.

Además, nos parece inconveniente la aplicación de la norma cuando la cónyuge o conviviente fallecida es una mujer, por cuanto de darse el supuesto contemplado en la segunda parte del artículo, el vínculo filiatorio que en tal supuesto se producirá entre esa mujer y el nacido, carece de una base real, dada la inexistencia de todo vínculo con este último, no solo biológico sino también social. Tampoco estamos de acuerdo con la inexistencia de vínculo filiatorio entre el nacido y la persona fallecida, cuando el óvulo de la mujer hubiera sido fecundado con semen del muerto sin haberse cumplimentado los requisitos establecidos en la segunda parte de la norma proyectada, pues de tal manera se conculca el derecho a la identidad del niño, en definitiva, creemos que la norma en cuestión agrede el interés superior del niño, de carácter prioritario por aplicación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene jerarquía constitucional. Sambrizzi (2012)

---

<sup>19</sup> “*Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro) Vs. Costa Rica*”. Sentencia del 28/11/2012, Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, el actual Código Civil y Comercial, suprime de su texto, el artículo n. °563 del anteproyecto, de modo tal queda sin terminar la cuestión y deja abierta la interpretación judicial. Bergamini (2015)

La filiación post mortem tuvo la misma suerte que la gestación por sustitución. El texto que recibe media sanción en la Cámara de Senadores también suprime el proyectado artículo 563 del texto. Si bien en un principio el dictamen de la mayoría conservaba la regulación de la filiación post mortem, con un cambio metodológico al declarar el principio general en el artículo 562 —destinado antes de ser suprimido a la gestación por sustitución— y el artículo 563 contenía las dos excepciones al principio general. Pero, antes del debate, terminó imponiéndose el dictamen de la minoría, que proponía la eliminación de este procedimiento. Corresponde extender a este procedimiento, siempre que se ajuste a las excepciones que contenía el proyectado artículo 563, los fundamentos que sustentan el reconocimiento implícito en el derecho interno de la gestación por sustitución. Krasnow (2016)

Por otra parte, en materia de sucesiones el artículo n. °2279<sup>20</sup>, se mantiene y se indica la admisión implícita de la fecundación post mortem.

Por otra parte, 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 n. °19 de la Constitución nacional, el cual describe: “ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Bergamini (2015)

### **3.1.3 El problema del consentimiento**

En nuestro ordenamiento pareciera que el único artículo que deja una pequeña referencia en cuanto a la fecundación post mortem es el número 561. Para mayor entendimiento se debe analizar el sistema jurídico actual: se establece en primera instancia que el consentimiento debe ser prestado por todo aquel que se someta a las técnicas de reproducción asistida de forma previa y libre, donde el centro de salud es el responsable de recibir este consentimiento informado y el cual debe ser renovado cada vez que se proceda con el tratamiento de gametos y embriones. Bergamini (2015)

En la misma línea, se plantea que los requisitos y formas sean remitidos a leyes especiales continuando con la emisión del documento para ser protocolizado ante escribano público o certificar ante autoridad sanitaria. Respecto a la revocación del mismo, puede

---

<sup>20</sup> Ley n. °26.994 “Código Civil y Comercial de la Nación”. Promulgada el 7° de octubre de 2014. Publicada el 7° de octubre de 2014.

desistir mientras no se haya producido la concepción o implantación del embrión. Y por último, en relación al vínculo filial establece que los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y de la persona que ha 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 leyes especiales, solo se encuentra la ley n. °26.862 de Reproducción Médica Asistida y su correspondiente decreto reglamentario 956/13, estipulan que el debido consentimiento y revocación deben quedar documentados en la historia clínica con la firma del titular del derecho, estableciendo para las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) de baja complejidad la revocación debe ser antes del inicio de la inseminación y en las técnicas de alta complejidad hasta antes de la implantación del embrión. Bergamini (2015)

Si bien existen menudas normativas sobre el consentimiento, resultan inconclusos y aptos de interpretación para cada caso en particular, de modo que surgen interrogantes a saber: ¿Cómo debe ser el consentimiento informado en la práctica? , ¿Qué datos son necesarios y obligatorios?, ¿Qué efectos puede tener en casos como la separación, divorcio, nulidad de matrimonio? Y ¿Qué desean los interesados que se hagan con los embriones o gametos en caso de fallecimiento de uno o ambos de ellos?, es indiscutible que existe un vacío legal en el ámbito de la filiación post mortem, fundamentando esta opinión en que nuestro Código Civil y Comercial nos remite a normas especiales las cuales en la actualidad son inexistentes, ingresando de ese modo a un círculo vicioso que lleva de un vacío al otro sin encontrar una solución jurídica responsable y clara. Donde la única forma de solucionar esta laguna jurídica es por medio de una ley especial. Bergamini (2015)

### **3.1.4 Breve Reseña Histórica de la Post Mortem en Argentina**

En nuestro país el principal detonante de la problemática data del año 1999, el hecho trata de una mujer de origen española que lamentablemente enviuda en su luna de miel en Argentina, en consecuencia solicita la extracción de semen de su difunto marido, de tal manera poder llevar ese material genético a su país natal para luego realizar una técnica de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), causa en la cual interviene el consulado español obteniendo la autorización judicial pertinente en razón de la falta de normativa que prohibiera la práctica inusual. Salituri Amezcua (2017)

En el año 2011, se dio lugar al fallo del Tribunal de Familia de Morón n. °3, en los autos “G.,A.P. s/autorización”, una pareja inicia un tratamiento de fertilización, ambos en vida, ante una muerte prematura de su esposo motivo de la enfermedad de cáncer, la viuda inicia una acción declarativa de certeza para proseguir con el procedimiento utilizando las gametas masculinas criopreservadas. Ante el reclamo el centro de fertilización se negó a continuar con el tratamiento, por ende el Tribunal resolvió favorablemente a la solicitud de la actora autorizando la utilización del semen criopreservado. No se realizó ninguna referencia en cuanto a los derechos filiales ni sucesorios del nacido/a en relación a la persona fallecida. Salturi Amezcua (2017)

En el año 2014, se origina un fallo que ante la interposición de un recurso de apelación, interpuesto por la actora para someterse a un tratamiento de TRHA con los gametos de su difunto marido, sentencia que rechazó la autorización, dado que con anterioridad la justicia abaló la extracción de los mismos, es entonces cuando la Tercera Cámara de Apelaciones en los Civil, Comercial, minas, de Paz y Tributario de Mendoza revocó la resolución impugnada y en más facultando la utilización de los gametos en estado de criopreservación. Herrera (2017)

El siguiente caso se enmarcó bajo la carátula “K.J.V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo” en el año 2014. Este hecho se motiva a raíz del descubrimiento de la enfermedad cáncer en el varón de una pareja, la cual toma la decisión de criopreservar su semen en un centro de fertilidad con el objetivo de procrear. Un año más tarde de su muerte, la mujer interpuso un amparo solicitando la oportuna autorización para retirar el semen criopreservado, con el objetivo de someterse a una TRHA, ordenando a la obra social cubrir la práctica a realizar. Herrera (2017)

En primera instancia, el Juzgado Nacional en lo Civil N° 3 falla, admitiendo el amparo. Entendiendo en el caso que no se estaba en presencia de un niño que proteger y que correspondía hacer lugar a la cobertura médica solicitada. Nada se consideró en relación a eventuales derechos filiatorios y/o sucesorios. Salturi Amezcua (2017)

En segunda instancia, la Sala H de la Cámara Nacional confirmó la decisión del a quo autorizando a J.V.K. a someterse a TRHA con los gametos criopreservados por su difunto conviviente y condenó a la obra social a brindar cobertura integral del 100%. Salturi Amezcua (2017)

En La Pampa, donde el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4 de Santa Rosa, falló a fines del año 2015 en la causa “A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempres/ amparo”. Hecho que trata de una pareja ya sometida a la

fecundación in vitro, contenía embriones formados, por semen propio y óvulos de un donante anónimo, para un futuro embarazo exitoso. La muerte imprevista del varón, motiva a la mujer a recurrir a un amparo contra la obra social solicitando la cobertura integral de la fecundación post mortem y en efecto se realice tal procedimiento. La jueza hizo lugar a la petición y condenó al Instituto demandado. Herrera (2017)

En cuanto al consentimiento del fallecido se entendió que no existían razones para dudar de la voluntad procreacional expresada por el varón cuarenta y nueve días antes de fallecer imprevistamente. Respecto al ámbito filial, se sostuvo que no formó parte de la pretensión discutida en el proceso y que, de haberse planteado, no sería una cuestión actual sino hipotética. Herrera (2017)

Y en la actualidad, se han originado más fallos, los cuales serán tratados en el último capítulo de este trabajo.

### **3.2 Diagnóstico genético pre-implantacional**

Diagnóstico genético pre-implantacional (en más DGP) es un tipo de técnica de reproducción humana asistida, científicamente avalada, que se aplica desde el año 1990 como alternativa de diagnóstico parental para identificar anomalías genéticas y cromosómicas antes de la implantación del embrión. Este procedimiento se utiliza para el estudio de embriones y selección de los mismos, con el objetivo de asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología. Bladilo (2015)

En la última década se está comenzando a utilizar el DGP para seleccionar un embrión compatible con un niño ya nacido enfermo, a los efectos de un trasplante. Aquellos que recurren al DGP son parejas o personas con problemas reproductivos con el objeto de detectar alteraciones a nivel cromosómico del embrión que comprometan su viabilidad o para evitar la transmisión de enfermedades genéticas o para concebir un hermano compatible con otro que requiere de un trasplante que prolongue su vida. Bladilo (2015)

Este tipo de procedimiento no está regulado en nuestro sistema jurídico, por ende, se encuentra fuera de la ley de Reproducción Medicamente Asistida y su decreto reglamentario 956/13, a sabiendas la mencionada ley se ocupa de garantizar el acceso y la cobertura a estas técnicas médico-asistenciales y en su decreto reglamentario define en su artículo n.º 2 qué se entiende por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y enumera los distintos tratamientos bajo cobertura, excluyendo el Diagnóstico Genético Pre-implantacional.

A continuación, Vittola (2017) conceptualiza el respectivo procedimiento:

El Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) es un procedimiento que analiza el material genético de embriones formados por fertilización *in vitro* (FIV) para su selección y transferencia al útero, con el fin de obtener un embarazo con feto genéticamente sano. Es utilizado para el estudio de anomalías cromosómicas, enfermedades monogénicas, algunos tipos de cáncer y, además, con el objeto de manipular células madre para tratar a hermanos con enfermedades genéticas graves que precisan trasplante de dichas células.

En los casos de necesidad del correspondiente procedimiento, a falta de normativa, es la justicia quien debe determinar por la aplicación efectiva o su rechazo.

Las posturas que se manifiestan en contra del DGP, argumentan principalmente la ponderación al derecho a la vida por encima al derecho a la salud reproductiva, en segundo argumento se encuentran los dilemas éticos que plantea el uso del DGP y por último la carencia de facultad del Poder Judicial para incluir procedimientos modernos para la efectiva cobertura. Vittola (2017)

En contrapartida, se encuentran los argumentos favorables a la aplicación del DGP, comenzado con el embrión no implantado no es persona, el DGP no es el único procedimiento que manipula y selecciona embriones y por último, la desigualdad que origina el rechazo de la cobertura. Vittola (2017)

Tatando la intención del DGP, la Dra. Lamm (2015), se expresa al respecto:

El propósito del diagnóstico genético pre-implantacional es más que claro: el poder de permitir a las mujeres elegir cuál embrión o feto intentar gestar a término y descartar o abortar los demás. Pero es importante reconocer que usar DGP para seleccionar en contra de cuerpos culturalmente devaluados, como los de las personas con discapacidad o los de quienes son intersex, es simplemente un ejemplo contemporáneo de eugenesia.

Ahora bien, desde un punto de vista medicinal, Lledó (2017) nombra las ventajas y desventajas que tiene el uso del DGP.

Ventajas:

- Una mejora en la selección embrionaria: El DGP permite saber que embriones de los concebidos pudiesen tener alguna enfermedad cromosómica.
- Implantación adecuada: ante enfermedades genéticas que impiden el normal desarrollo del embrión, mediante el DGP se puede prevenir descartando aquellos con dichas anomalías.
- Embarazo exitoso: Con el DGP es posible descartar aquellos embriones que nunca permitirán el desarrollo de un embarazo sano provocando abortos y situaciones no deseadas.

- Menor costo económico: Conocer las características de cada embrión obtenido permite crioconservar aquellos sanos, evitando el mantenimiento de aquellos que eventualmente se perderán por malos embarazos.

Desventajas:

- Proceso invasivo: al realizar una biopsia al embrión puede resultar lesiva para el mismo.
- Imposibilidad de transferir: con el DGP es posible determinar que todos los embriones concebidos fueren genéticamente anormales y no se puedan transferir, culminando con el tratamiento.
- Método de “Screening”: El DGP es un estudio que se realiza tomando una muestra de la parte externa del embrión, dejando intacta la parte interna que dará lugar al bebe para evitar un posible daño. Sucede con poca frecuencia que la muestra tomada de la parte externa no revele las enfermedades que pueda llegar a tener él bebe en un futuro.
- Difícil decisión: El análisis embrionario choca con valores éticos o morales que pueda tener la pareja sometida a tratamiento. (citado en Instituto Bernabeu de Medicina Reproductiva, 2017).

Si bien, al ser una práctica bastante cuestionada, es importante mencionar que para proceder a la autorización del procedimiento las parejas deben someterse a la justicia, la cual decidirá por la negativa o la aceptación del diagnóstico, condenando o no a la cobertura total del procedimiento a las obras sociales.

En cuanto a la no regulación de la práctica en cuestión, como también excluidas la fecundación post mortem y la gestación por sustitución, es necesario un debate ético y jurídico enfocado a la solución a los problemas reproductivos de las parejas.

### **3.3 conclusiones parciales**

En nuestro actual ordenamiento la fecundación post mortem (en adelante FPM), está excluida del mismo, originando un vacío jurídico que solo puede resolverse acudiendo a la justicia, por ende, someterse al criterio de un juez que sin tener normativas especiales al tema, debe sentenciar motivando así una desigualdad en cuanto al acceso a estas prácticas.

Más allá de la desigualdad originada, también la falta de regulación de la FPM ocasiona una lesión al derecho a formar una familia, derecho a la libertad y a la vida privada, lineamientos que se regulan en nuestro país por la adhesión a los distintos tratados internacionales otorgándoles jerarquía constitucional, por lo tanto, es de vital importancia suplir el vacío legal, que en este momento en Argentina se han producidos diversos casos y en su mayoría la justicia se ha pronunciado a favor de esta práctica.

Como lo mencionado anteriormente es de menester importancia incorporar a nuestro sistema legal una ley especial, con reglas claras que arriben a complementar las normas existentes y obtengan igualdad para todas las personas que tengan la voluntad de someterse a este procedimiento y dando la fundamental seguridad jurídica a todo el pueblo argentino.

Por otra parte, se encuentra el diagnóstico genético preimplantacional, fuera de nuestro sistema jurídico y también de la ley de reproducción medicamente asistida, como la FPM y la gestación por sustitución. Este procedimiento ha demostrado un fuerte avance en cuanto a la selección de embriones, evitando el pase de enfermedades congénitas de padres a hijos, impidiendo embarazos y nacimientos de alto riesgo ya sea para la madre como para el bebé, que en diferentes oportunidades han terminado en desdicha.

Por lo dicho, se debe establecer una normativa e incorporación para que este procedimiento obtenga la necesaria cobertura por parte de las obras sociales, para que todas las personas que desean o deben realizarse esta práctica no deban acudir a la agotadora instancia de la justicia.

# CAPÍTULO 4

## **4.1 Análisis de Jurisprudencia**

### **4.1.1 Jurisprudencia Nacional: Fecundación Post Mortem**

#### **4.1.1. A Tribunal de Familia Nro. 3 de Morón. G., A. P. 21 noviembre del 2011:**

1. La actora Señora G.P.A requiere que se declare que no existe ningún impedimento para realizarse la implantación de material genético crio-preservado.

2. Menciona que se casó con el Sr. L.J.O. el 22 de septiembre del 2005 y que en ese entonces intentaron innumerables veces concebir un hijo, dando siempre con resultados negativos; lo cual motivó el acercamiento al Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida Procreatearte donde el Dr. Quintana les brindó la información necesaria acerca de una fertilización asistida.

3. En el mes de junio de 2010, la actora y su cónyuge prestaron el debido consentimiento para establecer la crioconservación de material genético.

4. La actora agrega que en el mismo mes del año 2010, a su marido le diagnosticaron un cáncer linfoma no Hodgkin que desafortunadamente le provocó la muerte el 13 de marzo de 2011.

5. Tan desafortunada situación, motiva a la actora a tomar la decisión de seguir con el tratamiento de fertilización asistida, afirmando que cuenta con el apoyo del grupo familiar de su difunto marido.

6. El mencionado Centro de Fertilidad niega a la actora a proseguir con el tratamiento previsto. Motivando a la Señora G.A.P. a iniciar una acción declarativa de certeza.

7. El Tribunal en cuestión resuelve a favor de la solicitud de la actora, autorizando a seguir con el tratamiento y por ende a la utilización del semen crioconservado.

8. Los fundamentos del Tribunal se basaron en la aplicación del principio de legalidad y reserva, artículo n. °19 de la Constitución Nacional expresando que no existe una normativa que prohíba la fecundación post mortem, y la existencia clara de la prestación del consentimiento de su marido de conservar su esperma para una posterior utilización mediante las técnicas de reproducción asistida.

#### **4.1.1. B Corte I.D.H., Fallo Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro) Vs. Costa Rica. Serie C, N° 257, del 28 de noviembre de 2012:**

Este caso a analizar es uno de los más trascendentales, en cuanto a la legitimidad e ilegitimidad del uso de las Técnicas de Reproducción humana Asistida y en particular en el uso legal de la Fecundación in vitro (en adelante FIV).

El respectivo suceso, de mayor relevancia en el ámbito de los derechos reproductivos, se dio lugar en el Estado de Costa Rica en el año 1997, cuando se aprueba un Decreto Ejecutivo que autorizaba y regulaba la aplicación de las FIV para parejas conyugales.

Luego de la aprobación del decreto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el año 2000, interpone una acción de inconstitucionalidad vedando el decreto que regulaba las FIV, tan arbitraria decisión por parte del Estado de Costa Rica da lugar al conocimiento de La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), pronunciándose afirmando que la decisión violó derechos fundamentales a las respectivas víctimas.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se enunció disponiendo que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. Finalizando con la decisión arbitraria de la prohibición de la práctica. En el año 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante La Comisión).

La Comisión sostuvo que dicha prohibición violaba de forma arbitraria los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia y al derecho de igualdad. De este modo La Comisión, recomendó al Estado de Costa Rica a levantar la prohibición de la FIV y asegurar regulación se muestre acorde con la Convención.

El Estado de Costa Rica hace caso omiso a tal recomendación, y luego de tres prórrogas, el 29 de Julio del año 2011, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte.

Es entonces que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante La Corte) se pronuncia, el día 28 de noviembre del año 2012, condenando al Estado de Costa Rica; argumentando que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia.

La Corte ratificó, que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente; al analizar el art. 4.1 de la Convención y la naturaleza del embrión,

ingresó en un terreno sensible y muy necesario para América Latina, como es la interrupción del embarazo y cuando se produce la concepción.

La Corte analizó e interpretó lo siguiente:

1. Consideró que los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear.

2. Interpretó el término “concepción”, establecido en el artículo n. ° 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a la “anidación”; reconociendo que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado.

Concluyendo que la Concepción se produce dentro del cuerpo de una mujer, ya que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero.

En definitiva, la Corte afirma que el término “concepción” al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la anidación.

Este pronunciamiento es de gran relevancia en el campo de la reproducción humana asistida, en el de los derechos sexuales y reproductivos, ya que legitima los métodos anticonceptivos, en especial, los hormonales de emergencia, tales como la pastilla del día después. Dando a entender que tales métodos no atentan contra el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni son abortivos, debido a que no hay embarazo mientras no hay anidación, proceso que esos métodos impiden.

3. Alegó que un embrión no implantado, no es persona y agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. Consecuentemente, se enfatiza que el embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. O sea, la protección desde la concepción, tal como lo estipula el artículo n. °4 de la Convención.

Por lo mencionado en el párrafo anterior, al reconocer la condicionalidad, relatividad y gradualidad a la protección del embrión y del feto, las leyes que regulan la interrupción del embarazo tienen que ser coherentes con la regla de que el embrión no tiene derechos absolutos. Razón por la cual una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atendiese a otros derechos en conflicto violaría la Convención.

4. Estableció la urgente necesidad de proteger los derechos de las mujeres, ya que el legislador debe permitir, según pertenezca, un adecuado equilibrio entre los derechos e intereses en conflicto.

Además, la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula “en general” del art. 4.1 de la Convención es la de permitir un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto, fundamentando que no puede alegarse la protección absoluta del embrión, anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer. Esta afirmación es de suma importancia en cuanto al respeto y la consideración de los derechos de la mujer, que también son privilegiados. En definitiva, por ejemplo, una prohibición del aborto que no respete los derechos de las mujeres violaría la Convención.

Este fallo contempla uno de los pronunciamientos más importantes de la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos. Por primera vez, la Corte Interamericana se enfrentó a una cuestión por demás sensible, como es la naturaleza jurídica del embrión y su clara incidencia en dos temas que hacen a los derechos sexuales y reproductivos: el derecho a procrear y a no procrear; más precisamente, el derecho a la reproducción humana asistida in vitro y la interrupción del embarazo.

La Corte, en dicha cuestión dio un paso gigante, considerando no solo la legitimación de la reproducción humana asistida, sino que también ha avanzado hacia una ampliación en el acceso a anticonceptivos y al aborto.

En conclusión, se puede pensar que la máxima instancia judicial en la región ha contemplado la posibilidad para legalizar la interrupción del embarazo en América.

#### **4.1.1. C Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, S.M.C. / medida autosatisfactiva, del 07 de julio de 2014:**

1. Se deduce que la Sra. S.M.C. interpone un recurso de apelación contra la resolución que negara su pedido de autorización judicial con motivo de la realización de un tratamiento de fertilización asistida.

2. La respectiva fertilización se produciría con gametos de su difunto marido, alegando que la extracción de material genético fue autorizada con anterioridad en un Tribunal de Primer a Instancia. Agrega que la Sra. Juez ha interpretado de forma errónea las leyes vigentes al caso.

3. Si bien con anterioridad se concia la respectiva autorización para la efectiva extracción de gametos de su esposo, la Sra. Juez a quo alega y fundamenta su rechazo de la

petición de la actora en razón de que la posterior extracción contemplaba un supuesto de fecundación post mortem que a su entender se cuestionaba si la aplicación de éste era una práctica lícita o no.

4. Ante lo mencionado la Cámara Tercera de Apelaciones decide revocar la resolución anterior, autorizando la utilización de los gametos ya extraídos, decisión que se es fundó en el principio de legalidad del artículo número 19 de la Constitución Nacional, de la garantía legal de acceso integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (ley n.º26.862).

5. En lo relativo a la falta de consentimiento del difunto, se sostuvo que existía una resolución judicial anterior firme, la cual dispuso la extracción de material genético y que se practicó antes de la publicación del decreto reglamentario n.º956/2013, donde en su artículo n.º8 se establece la necesidad de consentimiento previo y por ende no es aplicable por el principio de irretroactividad de la ley.

**4.1.1. D Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo civil nro. 3 K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo, del 03 de Noviembre del año 2014:**

1. Se presenta por derecho propio y promueve demanda la Sra. J.V.K contra Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), Cryobank y Accord Salud.

2. La actora J.V.K. relata que comienza una relación de pareja en el año 2001 con el Sr.C.G.V, que dicha relación se estableció en una convivencia estable por diez años, agregando que al Señor C.G.V lo conocía desde los 12 años y fue novia del nombrado durante toda su adolescencia.

3. Reconoce que durante la convivencia intentaron innumerables veces concebir un hijo para llegar al tan ansiado proyecto familiar, dando como resultado negativo el embarazo. Lo cual motivo las averiguaciones pertinentes sobre los tratamientos de fertilidad asistida.

4. refiere que lamentablemente al Sr. C.G.V le detectan metástasis de carcinoma epidermoide (cáncer de cabeza y cuello), comenzando un tratamiento con quimioterapia que frustraría toda posibilidad de concebir un hijo por medios naturales ya que la medicina afectaría en un 100% a los espermatozoides.

5. Ante la frustrante situación y antes de comenzar con el tratamiento con quimioterapia, la pareja decide conservar muestras de semen en el centro de criogenia “Fecunditas” para preservar la posibilidad de realizar un tratamiento de fecundación In Vitro. Oportunidad en la cual firmaron un contrato de consentimiento el cual autorizaba a la actora

J.V.K. a retirar las muestras de semen en caso de producirse el descenso de su pareja, con el objeto de comenzar un tratamiento de inseminación.

6. En noviembre de 2011 se produce el fallecimiento del Sr. C.G.V, y las muestras de semen se conservaron en el centro médico Fecunditas hasta julio del año 2012, cuando son trasladadas al centro médico “Criobank”.

7. Posteriormente, la actora decide comenzar un tratamiento de inseminación en el instituto de medicina y ginecología IFER previa autorización judicial para retirar las muestras y para poder comenzar con el tratamiento, esto debido al traslado de las muestras a un nuevo centro de criogenia. Explica que el motivo de la autorización judicial solicitada se fundamenta en que todo destino que no sea la destrucción de las muestras debe ser autorizado judicialmente. Se expresa que si bien “cryobank” permite a la actora el retiro de las muestras, la misma le exige una autorización judicial para la inseminación.

8. A partir de lo planteado, la actora inicia una acción de amparo para solicitar retirar las muestras de espermatozoides y proceder con el tratamiento de fertilización, además solicita a la obra social la cobertura total de dicha práctica por el tiempo que sea necesario hasta lograr el efectivo embarazo.

9. En primera instancia el juez de turno resuelve admitiendo el amparo invocado por la actora, fundamentado a partir del artículo N° 19 de la Constitución Nacional, el cual expresa que todo aquello que no está expresamente prohibido, está permitido. Además, se alegó la existencia de una clara voluntad del fallecido de que su pareja iniciara un tratamiento de fertilización con su material genético y condenó a la obra social a cubrir el total del tratamiento en cuestión. El mencionado Tribunal entendió que no se contemplaba ninguna presencia de un niño que proteger.

10. En segunda instancia, la sala H de la Cámara Nacional confirmó lo resuelto en primera instancia, facultando a la actora a proceder con el tratamiento de fertilización asistida utilizando el material genético crioconservado de su pareja fallecida, obligando a la obra social a cubrir el total de los gastos del correspondiente tratamiento.

**4.1.1. E Juzgado Nacional en lo Civil N° 87, “N.O.C.P. s/ Autorización” del 5 de mayo de 2016, ciudad de Buenos Aires:**

1. La Sra. C.P.N.O se presenta solicitado autorización para una efectiva utilización de material genético crioconservado en el laboratorio S., perteneciente a quien en vida fue el Sr. P.D.P.

2. La actora C.P.N.O. refiere que el Sr. P.D.P. falleció el 13 de septiembre de 2011 producto de un accidente ferroviario cuando se dirigía a su trabajo, cuyo transporte que lo conducía a su destino fue investido por una formación ferroviaria.

3. Antes del fatal accidente, la actora agrega que el matrimonio se encontraba realizando un tratamiento de fertilización asistida. Motivo por el cual la viuda petitionó ante el Juzgado Federal la extracción de una muestra de esperma del cadáver de su marido con la intención de utilizarla para una fecundación In Vitro alegando que la pareja aún no tenía descendientes.

4. Concebida la autorización, se procede a la extracción de semen cadavérico y la muestra se resguarda en el centro de fertilidad al que asistió.

5. Ofreció prueba testimonial acreditando su relación conyugal ininterrumpida desde el año 2005 hasta el trágico hecho. Demostrando así también los planes y el deseo que ambos tenían de conformar un proyecto familiar, que solo podía realizarse por medio de un tratamiento de fertilización asistida.

6. En el ámbito de un tratamiento de fertilización asistida, es indispensable la obtención del consentimiento informado por parte de los pacientes a través de la firma de un contrato formal por parte del centro médico, ya que es fundamental para la correcta inscripción de la filiación.

7. En cuanto al consentimiento del fallecido para que la actora pudiera proceder con el tratamiento de fertilización, queda acreditado por valerse de los documentos firmados en vida por el Sr. P.D.P, sin importar que no se contemple expresamente la posibilidad de continuar el tratamiento luego de su muerte. Se le agregan los dichos de los testigos, y por el perito asignado en el área de psicología que debió evaluar la conducta de la actora, siendo el informe positivo refutando el anhelo de ser padres.

8. El Tribunal decidió resolver admitiendo a la actora C.P.N.O. a continuar con el tratamiento de fertilización iniciado, utilizando la muestra de esperma crioconservada de quien en vida fue su marido, aun cuando no exista norma alguna que regule la petición. Basado que es una práctica no está prohibida por la legislación vigente, en razón que no

existe un impedimento legal para su realización. Asimismo, en cuanto a la filiación se resalta la verdad biológica de la futura filiación, la cual es una de las fuentes del derecho filial en Argentina.

**4.1.1. F Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, D., M.H. y otros s/autorización 03 de abril de 2018:**

1. Se presentan a ante la mencionada Cámara de Apelaciones los Sres. M.H.D.; M.V.V. y M.T.T. con el objeto que ésta última pudiera realizarse un tratamiento de fertilización asistida. Recurso de apelación contra la no autorización del tratamiento resuelto en primera instancia.

2. Los recurrentes afirman que el Juez de primera instancia no comprendió la naturaleza y complejidad del proceso, y que en caso del consentimiento si existió por parte del Sr. D. para el posterior tratamiento en cuestión.

3. Se alega que no fueron convocados testigos como prueba suficiente para probar que el hecho del descenso de su marido fue un diagnóstico y posterior fallecimiento repentino, por tal motivo refiere que su Marido no pudo expresar su voluntad personalmente para la extracción de sus gametos. Agrega que hasta el día del diagnóstico de cáncer de su marido, la búsqueda de concebir un hijo se realizaba en forma natural.

3. Afirma que la voluntad procreacional existió ya que su marido en vida decidió crioconservar sus gametos ante el eventual diagnóstico de cáncer. Enfermedad que requeriría quimioterapia y por ende le produciría esterilidad.

4. Además, la Sra. M.T.T. luego del deceso de su marido procede a la crioconservación de ovocito, con la finalidad de concretar su tratamiento de fertilización asistida y con motivo de su edad (40 años) y la dilación innecesaria que se ha originado en este asunto compromete el acceder al derecho de ser madre.

5. El Tribunal de primera Instancia rechazo la solicitud de autorización para el tratamiento de fertilización asistida, la Cámara de Apelaciones lo confirmó.

6. La Cámara argumentó que la utilización y transferencia de gametos masculinos están dentro del ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad del ser humano, por lo que el consentimiento para tal práctica no puede presumirse ya que es de interpretación restrictiva y no se ejerce por representación.

7. Agregando que por más que el contrato destinado a la crioconservación de gametos fue firmado por el padre de quien los aporto, se establece un consentimiento tácito para

realizar el tratamiento, pero no se presume que el difunto marido consintió en que ese material genético fuese utilizado después de su muerte.

8. Concluyendo que si la voluntad procreacional, expresa en el consentimiento previo, libre e informado ha sido incorporado en la legislación vigente, como la base más relevante de la estructura de la filiación por medio de las técnicas de reproducción asistida, es indispensable resguardarlo. Con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica de todos aquellos que concurran a este sistema.

#### **4.1.2 Jurisprudencia Nacional: Diagnóstico Genético Preimplantacional**

**4.1.2. A Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo. Nro. 2. “G, Y.S. c/ O.S.D.E. s/ Prestaciones médicas” del 16 de septiembre de 2014. San Martín, Buenos Aires.**

1. Se presenta la Sra. Y.S.G., promoviendo acción de amparo contra la organización de servicios directos empresarios (O.S.D.E.), con el fin de que esta última sea obligada a la cobertura asistencial en su totalidad.

2. En cuanto a los hechos, la actora Y.S.G. relata que en el año 2009 da a luz a su hija A.L.D.G., ambas afiliadas a OSDE BINARIO. Manifiesta que su hija nació con una cardiopatía congénita que posterior a ser intervenida quirúrgicamente, fallece a los 10 meses de vida.

3. El tal desafortunado desenlace motivo a la actora junto con su marido a realizarse e diversos estudios médicos. Particularmente un análisis de los cromosomas, arroja como diagnóstico positivo la presencia de dicha enfermedad en la actora, enfermedad que supone el riesgo de pasarla a la descendencia futura en un 50%.

4. El diagnóstico requirió que el profesional de la salud que atendió a la pareja indicó la realización del estudio de Diagnóstico Genético Preimplantacional (en adelante DGP) para analizar los embriones futuros de la pareja para una exitosa fertilización in vitro.

5. Es cuando la actora y su marido concurren a un centro médico especializado en medicina reproductiva donde se les informa todo el proceso que conlleva el DGP y el costo del mismo. Costo que solicita a O.S.D.E., su cobertura presentando el correspondiente presupuesto emitido por el profesional de la salud.

6. La actora lleva a cabo un intercambio epistolar con la entidad en cuestión, donde esta última se niega a cubrir los costos del tratamiento.

7. La Sra. Y.S.G. sin más alternativa, inicia una acción de amparo contra dicha entidad, invocando los derechos afectados y la imperiosa necesidad de someterse al DGP para evitar el desafortunado episodio que vivió con su hija.

8. O.S.D.E contesta la demandada incoada por la actora, negando los hechos presentados descriptos, y alega que como obra social se encuentra obligada a cubrir las prestaciones indicadas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), donde claramente no se encuentra el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP). Como también, alega que el respectivo diagnóstico implica necesariamente decidir sobre la suerte de un embrión concebido in vitro, vulnerando los derechos de una persona por nacer.

9. El Tribunal resuelve hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por Y.S.G., y condena a O.S.D.E. a la cobertura integral y efectiva del 100% del tratamiento de fertilización con DGP, más gastos de medicamentos y los honorarios de los médicos intervinientes incluyendo las costas del proceso.

10. El Tribunal se pronunció entendiendo la extrema necesidad de la actora de someterse al tratamiento de fertilización con DGP, para evitar traspasar la enfermedad que conlleva en sus genes a su descendencia y con el fin de evitar transitar por la traumática experiencia de perder un hijo a causa de esta enfermedad.

11. Además, se consideró adecuada la utilización de la vía de amparo para solicitar la cobertura por la demandada, por estar en juego derechos que se encuentran tutelados por la Constitución Nacional como lo son el derecho a la vida y a la salud, a beneficiarse con el avance de la ciencia accediendo a los tratamientos médicos que sean necesarios para lograr un proyecto de vida familiar.

**4.1.2. B Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “L.E.H. y Otro/s Recurso extraordinario de inconstitucionalidad en J. 221.605/50.253 L.E.H. c/ O.S.E.P. p/ Acción de amparo p/ Apelación s/Inc”, del 30 de julio de 2014. Ciudad de Mendoza**

1. Los actores E.H.L. y E.D.V. en el año 2009 contrajeron matrimonio y desde entonces han intentado concebir un hijo por métodos naturales. Método por el cual fue de resultado negativo.

2. Esto motivo a la pareja que en el año 2011 se sometiera a la realización de estudios médicos, los cuales arrojaron como resultado problemas de infertilidad en ambos.

3. Atento al diagnóstico, el matrimonio comenzó un tratamiento de fertilización asistida de baja complejidad que ante cuatro intentos, el tratamiento no prospera.

4. A partir de los resultados negativos de los procedimientos realizados, a finales del año 2012, los actores comenzaron con un procedimiento de alta complejidad que establecía además la realización del Diagnóstico Genético Preimplantacional (en adelante DGP), razón por la cual era necesario evaluar las características genéticas de los embriones para evitar futuras enfermedades, ante los problemas de infertilidad que portaban sus progenitores.

5. El tratamiento requirió que en diciembre de 2012, los actores solicitaran a O.S.E.P. la cobertura total de los procedimientos a realizar en el instituto “Fecunditas Medicina Reproductiva de Alta Complejidad” en la ciudad de Buenos Aires.

6. La entidad mutual mantuvo silencio hasta la interposición del amparo el 18 de diciembre del año 2012. La entidad O.S.E.P. expide el correspondiente informe rechazando el pedido de los actores por no haber agotado la vía administrativa.

7. El juez a quo se pronuncia a favor de la entidad, fundado en que el pedido solicitado de amparo por parte de los actores, no encontrase el DGP regulado en ninguna normativa, agregando de ser una técnica de alto costo económico.

8. El matrimonio apela la resolución de primera instancia y la Cámara resuelve en favor de la demandada confirmando la sentencia apelada.

9. Los actores interpelan recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia, bajo los argumentos de considerarla violatoria de los derechos a la salud, a la protección de la familia, al derecho de beneficiarse de los avances científicos y a no ser discriminado.

10. Además, agregan los actores que la sentencia no realizó una correcta valoración de los hechos de la causa, criticando el argumento el cual dispone que el DGP no está incluido en el Programa Médico Obligatorio, expresando que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema este programa es un piso y no un techo.

11. La Corte Suprema de Justicia de Mendoza decide resolver en contra del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, y a favor de la entidad demandada al describir que la técnica del DGP resulta arbitraria del derecho a la vida.

12. Ante lo dispuesto por La Corte Suprema, los actores interpusieron recurso extraordinario que también resulto denegado.

13. Por último se interpone una queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la sentencia recurrida.

**4.1.2. C Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B. F., L.E. c. OSDE s/Leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad). 28 de diciembre de 2018:**

1. La Sra. F.L.E, promueve formal acción de amparo contra la entidad de medicina prepaga Organización de Servicios Médicos Empresarios solicitando se le ordene a dicha empresa a la cobertura integral del 100% del tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad con Diagnóstico Genético Preimplantacional (en adelante DGP).

2. refiere la actora que es portadora de la mutación del gen de distrofina, afección asociada al cromosoma X. dicha patología se reconoce en su hermano, agrega que su tío también fue portador de la dolencia falleciendo a los 35 años de edad y que su prima tuvo un hijo con la misma patología que se le manifestó a los 7 años de edad.

3. Señala que ha realizado diferentes consultas médicas en el Servicio de Genética Clínica y Laboratorio de Genética y Biología Molecular del Sanatorio de Allende, dados los antecedentes mencionados.

4. La accionante solicita como medida cautelar se ordene a la entidad demandada a la cobertura integral y efectiva del Diagnóstico Genético Preimplantacional.

5. La entidad en cuestión comparece solicitando el rechazo de amparo incoado.

6. El Juez de Primera Instancia se pronunció denegando el pedido de cobertura del DGP interpuesto por la Sra. L.E.F. en contra de OSDE, exhortando al Congreso Nacional para que debata y resuelva sobre la naturaleza jurídica del embrión in vitro y el destino del embrión no implantado.

7. A través de la mencionada acción de impugnación la actora expresa que fue agraviada por motivo de que el juez de grado ha interpretado de forma errónea la Ley y que el juez a quo desestima razonabilidad científica medica del estudio genético, en el cual se advierte la probabilidad del 50% de transferir la enfermedad que padece a sus descendientes.

8. El juez de Primera Instancia funda sus dichos remarcando que la entidad mutual no se niega a la cobertura integral del procedimiento de fertilización, la cual se encuentra obligada legalmente, sino que la negativa es a causa del DGP por no estar comprendido en la legislación vigente, ni aprobado o avalado por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación.

9. La cámara de Apelaciones confirmo lo manifestado por el Tribunal de Primera Instancia, por los motivos mencionados por el mismo y complementando con la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo L.,E. H. y otro c. O.S.E.P. s/ amparo. 01 de septiembre de 2015.

**4.1.3 Jurisprudencia Nacional: Limite al que alude el articulo n. °8 del decreto 956/2013 reglamentario de la Ley n. °26.862 y límite de edad.**

**4.1.3. B Cámara federal de Apelaciones de la Plata, Sala III. S., M. E. c. OSDE s/amparo de salud. 09 de agosto de 2018:**

1. La Cámara de Apelaciones trata un recurso interpuesto por demandada entidad OSDE contra la resolución dictada en primera instancia. Por el motivo de ampliación de medida cautelar solicitada por la accionante S.M.E.

2. La causa se devuelve a primera instancia, donde la Sra. S.M.E. presentó un escrito en el que refiere a una medida cautelar anterior ordenada en el año 2017, la cual motivo el efectivo tratamiento de fertilización en el Centro GENS, con donación de óvulos y banco de semen, con resultado positivo, estableciendo un efectivo embarazo en su avanzada edad (41 años), pero que el mismo se detuvo en la semana 9 de gestación

3. Ante desafortunado suceso, la actora solicita una nueva medida cautelar a los mismos fines y efectos de la anterior.

4. El Juez a quo resolvió a favor de la medida interpuesta por la accionante, condenando a la entidad OSDE a la cobertura integral y efectiva del tratamiento de reproducción asistida.

5. La decisión del juez de Primera Instancia fue apelada por el representante legal de la entidad en cuestión. Manifiesta agravios como la falta de indicación médica de la práctica, que es la sexta vez que se realiza la cobertura del tratamiento de alta complejidad que excede ampliamente lo dispuesto por la legislación vigente.

6. La Cámara de Apelaciones confirma lo resuelto en Primera Instancia, fundamentando que en cuanto a la cantidad de tratamientos otorgados ha cubierto y cuales son los que tendría la obligación de cubrir excede el ámbito de la medida cautelar.

7. También alega que la sentencia anterior debe ser confirmada ante el peligro en la demora, por la avanzada edad de la actora.

**4.1.3. A Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y., M. V, y otro c/ IOSE s/ amparo de salud. 14 de agosto de 2018:**

1. La parte actora interpusieron una acción de amparo que solicitaba la cobertura integral y efectiva del tratamiento de fertilización asistida, hasta el éxito del embarazo.

2. La sentencia fijada en primera instancia resolvió hacer lugar a la acción por parte de los accionantes, a brindar la cobertura estipulada.

3. La decisión del juez a quo fue apelada por la entidad demandada (IOSE) ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal; confirmando en lo sustancial lo resuelto en primera instancia, pero limitando los procedimientos a cargo de la entidad demandada a la cantidad de tres (3) y a un plazo de dieciocho (18) meses para la crioconservación embrionaria.

4. Ante eventual confirmación por parte de la Cámara de Apelaciones, los accionantes recurren al recurso extraordinario, el cual fue aceptado parcialmente.

5. El recurso fue receptado por los ministros Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco.

6. Los ministros realizaron un análisis a la Ley de Reproducción Humana Asistida, advirtiendo el amplio alcance que el legislador tuvo en miras a la cobertura de las prestaciones en cuestión.

7. Posterior al análisis, los ministro deciden dejar sin efecto la sentencia apelada; fundamentando que “estimaron que la única interpretación posible, en consonancia con los objetivos trazados por la Ley n. °26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres (3) tratamientos anuales de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad”.

## 4.2 Conclusiones Parciales

Después de realizar el análisis de jurisprudencia citada en este trabajo, se concluye que en cuanto a la fecundación post mortem se observa una positiva aceptación de la figura, más allá de la ausencia de reglamentación jurídica. Además se advierte lo relevante que es la voluntad procreacional en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida en los fallos citados, ya que es indispensable que quienes se sometan a estas técnicas sus voluntades se cumplan en forma clara y efectiva. Considero que la aceptación de la figura de la fecundación post mortem todavía provoca en la Justicia Argentina diversos conflictos morales, éticos, religiosos y jurídicos, donde la única solución posible, además de una reglamentación especial abocada al tema, es la apertura al debate de aquellos que deben legislar, para obtener una visión uniforme y acertada que cree esperanzas de formar un proyecto familiar tan cuestionado.

En virtud de la jurisprudencia analizada del Diagnóstico Genético Preimplantacional se concluye que es evidente que se trata de un tema que origina diversos debates, si bien la consecuencia primordial es la no inclusión del respectivo diagnóstico en la ley de reproducción medicamente asistida (Ley n. °26.862) y su decreto reglamentario (n. °956/13) y siendo esta exclusión la principal situación alegada por las entidades demandadas a cubrir este procedimiento en integral y efectiva forma, la Justicia Argentina ha optado por analizar el caso en concreto aceptando o rechazando dicho procedimiento, provocando una desigualdad social y económica respecto de quienes pueden acceder al diagnóstico y quiénes no.

En los casos del límite a la cantidad de procedimientos de fertilización que deben cubrir los prestadores de servicios de la salud, corresponde mencionar que el máximo tribunal se ha pronunciado disponiendo que la cantidad de procedimientos de fertilización de alta complejidad se efectuaran en tres (3) oportunidades por año. Se considera correcto la resolución dictada por la Corte Suprema, en cuanto al alcance del artículo n. °8 del reglamento n. °956/13, ya que considerar que se podrían realizar tres (3) intervenciones en total pone en riesgo a las personas que se someten a este tratamiento por la sola limitación mencionada, es por ello, que la decisión del Máximo Tribunal contempla el buen ejercicio del derecho a la salud reproductiva.

Respectivamente, ante el análisis del fallo que advierte el límite a la edad de las personas que acceden a los tratamientos de fertilización, se concluye que antes de la citada jurisprudencia se establecía que todas las personas podían acceder a estos procedimientos produciendo en algunos casos el exitoso embarazo y no en otros. En acuerdo a la resolución

de la Cámara de federal de Apelaciones en que recepta un recurso de amparo considerando los agravios si se demora la cobertura del tratamiento por la avanzada edad de la persona en cuestión. Por lo expuesto se considera efectivo la limitación edad para el acceso a las técnicas de fertilización, ya que la calidad y el éxito del procedimiento depende de la edad de quienes acceden al mismo, evitando todos los casos frustrados de concebir un hijo.

## **Conclusiones Finales**

A través de la realización de este trabajo final de grado, conociendo y analizando la temática de las técnicas de reproducción humana asistida, se afirma que, si bien, la Ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 trata y garantiza el acceso igualitario de aquellas personas que desean someterse y sostienen el anhelo de formar una familia, la verdad es que todavía restan reglamentaciones especiales abocadas a la materia.

Asimismo se sostiene que la evolución tecnológica y la ciencia respecto de las reproducción humana es beneficiosa aportando mejor calidad de vida al ser humano y su ámbito de desarrollo, por tal razón es indispensable que mientras la medicina y la ciencia sigan su curso exitoso, el derecho debe acompañar y limitar su ejercicio respetando el fundamental derecho a la dignidad humana.

En cuanto a los beneficios que devienen de las técnicas de reproducción humana asistida son varios, significando una amplia aplicación de derechos sociales. Se destacan la permisión a parejas homosexuales, transexuales de hombres como mujeres a realizar el tan ansiado proyecto familiar; cuando se trata de parejas del mismo sexo mujeres se utiliza el esperma de un donante anónimo y cuando son parejas del mismo sexo hombres se produce vía subrogación.

Es relevante mencionar que este tratamiento admite el acceso a personas que se encuentren solas conformando una familia monoparental, rompiendo la estructura tradicional de familia, en caso de mujeres se aplica la fecundación in vitro y en caso de hombres gestación por sustitución (tema que solo se menciona pero no forma parte de este trabajo).

El gran avance que ha ocasionado este tipo de técnicas, es el resultado producto de la medicina reproductiva y la legislación vigente, que al introducirse a la sociedad han derrotado los prejuicios en cuanto a la estructuración de la familia y la discriminación de género.

Si bien, es remarcable que las técnicas de reproducción asistida ayudan indudablemente a que el ser humano se desarrolle en su máximo esplendor en su vida privada, es importante describir que se producen conflictos en torno a ellas.

Uno de los conflictos de gran trascendencia a nivel jurisprudencial, a falta de normativa, es la fecundación post mortem, figura que consiste en permitir la implantación de embriones en el útero de la mujer, dichos embriones pertenecen su pareja y se encuentran en estado de crioconservación para una implantación en consecuencia del deceso de este. También se presenta cuando se extrae semen del cadáver, para la ulterior implantación mediante fertilización in vitro en el cuerpo de la mujer.

Cabe señalar que la figura de la fecundación post mortem ha generado opiniones diversas, que como cita la Dra. Herrera Marisa, “hay temas que no solo son jurídicos, sino que justamente que la respuesta jurídica hay que darla sobre la base de todo un debate previo que tiene que ver con algo más bioético, que atañe diferentes miradas”, es aceptable que el anteproyecto del Código Civil y Comercial regulaba la fecundación post mortem y que actualmente no se regula, se advierte que las disposiciones del anteproyecto no eran suficiente para generar seguridad jurídica en la cuestión.

Por otro lado, se contempla la problemática basada en la voluntad procreacional, voluntad que debe estar expresa en el contrato de consentimiento previo, libre e informado de la persona que fallece, ya que sin el consentimiento informado no es posible deducir la voluntad procreacional que tuvo aquella persona sometida al tratamiento de las técnicas de reproducción asistida, y por ende, establecer el vínculo filial correspondiente con el niño nacido producto de estas técnicas.

Ante lo mencionado, en relación a la voluntad procreacional y el consentimiento informado, la Justicia Argentina ha dictaminado favorablemente en su mayoría la solicitudes de autorización interpuestas por quienes pretenden la práctica de la fecundación post mortem. Fundamentando sus resoluciones en que si se poseía embriones en estado de criopreservación, se pretendía en un futuro concebir un hijo y dar por realizado la conformación familiar. Las sentencias pronunciadas favorablemente a las prácticas concuerdan con la realidad actual, ya que si existe una mínima posibilidad que ocurra el fallecimiento prematuro de la persona y pudiendo comprobar la voluntad de procrear por medio de testigos (familiares, pareja, etc.) es más que claro que la práctica se debe realizar.

Consecuentemente, ante una negativa por parte de la Justicia, se interpone otro conflicto en cuanto al embrión no implantado, ya que se origina un debate por demás sensible sobre el destino de aquellos embriones, debate ético y moral que sobreviene ante el posible descarte de embriones.

Otra figura que despierta controversias en la jurisprudencia Nacional es el Diagnóstico Genético Preimplantacional, este se destaca por seleccionar aquellos embriones que se encuentran sanos, es decir, por medio de esta práctica medicinal se permite la visualización de enfermedades congénitas de alto riesgo en ciertos embriones que ya cuentan con una probabilidad de desarrollarse con algún problema. Las enfermedades que se detectan pueden ser riesgosas tanto para el futuro por nacer como así también para la progenitora.

La necesidad de solicitar este procedimiento es a raíz de evitar transmitir estas enfermedades o impedimentos a la descendencia.

Subsisten en la actualidad posturas en torno a la temática, posturas que se pueden identificar como a favor y en contra del diagnóstico.

La crítica más acentuada se remarca por aquellos que sostienen que se realiza una ponderación al derecho a la vida por encima al derecho a la salud reproductiva. Se agrega que es un proceso invasivo y choca con valores éticos o morales que pueda tener la pareja sometida al respectivo tratamiento.

En cuanto a los beneficios, se menciona que la selección embrionaria conlleva a crioconservar aquellos que se encuentran sanos, menor costo económico y un alto porcentaje de éxito en cuanto al embarazo.

Estoy sumamente de acuerdo que se practique este diagnóstico genético preimplantacional, ya que toda persona anhela toda su vida que sus hijos gocen de buena salud y no encuentro fundamento para la negativa, ya que si es posible detectar cuando ese futuro por nacer está en perfectas condiciones, es inevitable pensar el estado de felicidad que originaría tal resultado.

Mas ala de la opinión personal, es menester que las autoridades de aplicación de este procedimiento intervenga para la incorporación necesaria en el Programa Médico Obligatorio, para que aquellas personas sometidas al diagnóstico no deban incurrir en accionar contra los prestaciones de servicio de la salud, solicitando incansablemente la cobertura integral y efectiva por parte de los mismos.

Concluyendo con estas palabras de cierre, la propuesta deseada es que es de vital importancia una legislación clara y específica a los temas tratados, con debates previos que abarcan el ámbito de lo ético, social, jurídico, religioso, moral, demostrando que un proyecto de ley especial conformado por diversas ideas es lo más efectivo para que cada individuo del territorio Argentino posea la seguridad jurídica adecuada y lo conlleve a realizarse tanto en su vida privada como es su ámbito de desarrollo.

## Referencias Bibliográficas

### 1. Legislación

Decreto Reglamentario 956/2013 de la Ley N° 26.862. Del 19/07/2013, Boletín Oficial 23/07/2013. Recuperado de:

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

Ley N° 23.054, “Pacto de San José de Costa Rica”. Sancionada el 1° de marzo de 1984. Promulgada el 19 de marzo de 1984. Recuperada de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>.

Ley N° 23.849, “Convención sobre los Derechos del Niño”. Sancionada el 27 de septiembre de 1990. Promulgada el 16 de octubre de 1990. Recuperada de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>.

Ley N° 26.862, “Sobre Técnicas de Reproducción Medicamente Asistida”. Sancionada el 5 de junio de 2013. Promulgada el 25 de junio de 2013. Recuperada de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>.

Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”. Promulgada el 7 de octubre de 2014. Publicada el 8 de octubre de 2014. Recuperada de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>.

## 2. Doctrina

- Albujar Moreno, C.L. (2012). “El diagnóstico genético preimplantatorio y sus implicancias ético-jurídicas como mecanismo de selección y discriminación de la vida del concebido obtenido mediante fecundación in vitro”. *Revista de investigación jurídica IUS*. Recuperado el día 20/07/2018 de: <https://ebookcentral-proquest-com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=3211391&query=inicio+de+vida+humana>.
- Bergamini, M. (2015). “Filiación post mortem: realidad socio-jurídica en el marco del nuevo código”. *XXV Jornadas Nacionales de Derecho civil*. Recuperado el día 13/04/2019 de: [https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Bergamini\\_FILIACION.pdf](https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Bergamini_FILIACION.pdf)
- Bladilo, A. (2015). “El gran dilema que subyace detrás del diagnóstico genético preimplantatorio: la naturaleza jurídica del embrión no implantado”. L.L. AR/DOC/4891/2015
- Bladilo, A. (2017). “El status jurídico del embrión no implantado”. *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS)*. Recuperado el día 14/07/2018 de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-status-juridico-del-embrión-no-implantado>.
- Blasi, G.F. (2005). “Sobre el inicio de la existencia del ser humano, un análisis jurídico”. *Revista persona, volumen 45*. Recuperado el día 20/09/2018 de: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm>.
- Bravo Mayuli, M. (2018). “Bioética y Bioderecho: su impacto en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. L.L. AR/DOC/2436/2018
- Casado, M. (2017). “Bioética”. *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS)*. Recuperado el día 24/02/2019 de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/bioetica>.
- Cassan, B., Gaitán, L. (2018). “Nuevas realidades en la Argentina de hoy: fecundación post mortem”. (Tesis de grado). Universidad Nacional de Río Cuarto, Río Cuarto. Recuperada el día 24/02/2018 de: <https://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/07/Cassa%C2%A6%C3%BCn.-Gaitan.pdf-.pdf>

- Clunielak, C. (2018). “El impacto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el sistema filiatorio del Código Civil y Comercial de la Nación”. L.L. AR/DOC/1588/2018
- Ferrer, F. (2018). “La fecundación post mortem”. L.L. AR/DOC/2042/2018
- Galli Fiant, M. (2018). “Voluntad y Filiación”. L.L. AR/DOC/1523/2018
- García, J.J. (2011). “Embriones Congelados”. *Bioética Web*. Recuperado el día 28/03/2019 de: <https://www.bioeticaweb.com/embriones-congelados/>.
- Herrera, M., Lancuba, S., De la Torre, N. (2014). “Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el Sistema de Salud Argentino”. *Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Asistida*”. Recuperado el día 22/07/2018 de: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Recomendaciones-y-gu%C3%ADas-para-la-implementaci%C3%B3n-de-un-programa-integral-de-T%C3%A9cnicas-de-Reproducci%C3%B3n-Humana-Asistida-en-el-Sistema-de-Salud-Argentino.pdf>
- Herrera, M. (2017). “Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada”. *Revista IUS, volumen 11 [Versión electrónica]*. Recuperado el día 28/07/2018 de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100010](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100010)
- Iturburu, M. (2015). “La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado”. L.L. AR/DOC/1325/2015
- Krasnow, A.N. (2014). “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”. *Revista para el análisis del Derecho. (InDret)*. Recuperado el día 14/07/2018 de: <http://www.indret.com/pdf/1029.pdf>.
- Krasnow, A. (2016). “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial”. *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*. Recuperado el día 24/08/2018 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5615140>
- Lafferriere, N., Frank, M. (2012). “Para la Corte Interamericana, el embrión no es persona”. *Centro de Bioética [Versión electrónica]*. Recuperado el día 24/08/2018 de <https://centrodebioetica.org/2012/12/para-la-corte-interamericana-el-embrión-no-es-persona/>

- Lamm, E. (2015a). “Actualidad bioética en la Argentina y en el mundo” L.L. AR/DOC/5416/2015
- Lamm, E. (2015b). “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”. L.L. AR/DOC/1297/2015
- Lembo, M.L. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial Intervención notarial”. *Revista del Notariado [Versión electrónica]*. Recuperado el día 24/07/2018 de: <http://www.revista-notariado.org.ar/2017/01/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-a-la-luz-del-codigo-civil-y-comercial-intervencion-notarial/>
- Lledó, B. (2017). “Ventajas e inconvenientes del Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)”. *Instituto Bernabeu de Medicina Reproductiva*. Recuperado el día 20/08/2018 de: <https://www.institutobernabeu.com/foro/ventajas-e-inconvenientes-del-diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/>.
- Montes Guevara, G.E. (2004). “Bioética y Técnicas de Reproducción Asistida”. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social, volumen 12 [Versión electrónica]*. Recuperado el día 25/07/2018 de: [http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-12592004000100008&lng=en&tlng=en#](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592004000100008&lng=en&tlng=en#).
- Passo, E. (2010). “El embrión humano: un fin en sí mismo”. *Enciclopedia de bioética [Versión electrónica]*. Recuperado el día 24/08/2018 de: <http://www.encyclopediadebioetica.com/online/index.php/indice-de-voces/20-todas-las-voces/125-el-embrión-humano-un-fin-en-si-mismo>
- Perez, A. (2014). “Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida”. (tesis de grado). Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Recuperada el día 24/08/2018 de: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf>
- Salituri Amezcua, M. (2017). “Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem”. *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS)*. Recuperado el día 28/07/2018 de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem>.

- Sambrizzi, E. A. (2012). La fecundación post mortem. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado el día 24/08/2018 de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf>
- Vittola, L. (2017a). “El diagnóstico genético preimplantacional desde la perspectiva jurisprudencial”. *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS)*. Recuperado el día 20/08/2018 de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-diagnostico-genetico-preimplantacional-desde-la-perspectiva-jurisprudencial>.
- Vittola, L. (2017b). “Un debate que aún sigue abierto: la naturaleza del embrión no implantado”. L.L. AR/DOC/3702/2017

### 3. Jurisprudencia

“A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social (Sempre) s/ amparo”. Sentencia del 30/12/2015, Santa Rosa De la Pampa. Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro.4. Recuperado el día 15/10/2018 de: L. L. AR/JUR/87457/2015

“Artavia Murillo y otros (Fertilización In Vitro) Vs. Costa Rica”. Sentencia del 28/11/2012, Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el día 22/11/2018 de: L. L. AR/JUR/68284/2012

“D., M. H. y otros s/ Autorización”. Sentencia del 03/04/2018. Buenos Aires. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B. Recuperado el día 22/10/2018 de: L. L. AR/JUR/12809/2018

“F., L. E. c. OSDE s/ Leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)”. Sentencia del 28/12/2018. Córdoba. Cámara federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B. Recuperado el día 13/01/2019 de: L. L. AR/JUR/89814/2018

“G.A.P.”. Sentencia del 21/11/2011. Buenos Aires. Tribunal de Familia Nro.3 de Morón. Recuperado el día 13/10/2018 de: L. L. AP/JUR/289/2011

“G., C. y otros c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de Salud”. Sentencia del 28/08/2018. Buenos Aires. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en Pleno. Recuperado el día 22/01/2019 de: L. L. AR/JUR/47055/2018

“G, Y.S. c/ O.S.D.E. s/ Prestaciones médicas”. Sentencia del 16/09/2014, Buenos Aires. Juzgado federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Nro. 2. Recuperado el día 21/01/2019 de: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-federal-civil-comercial-contencioso-adm-nro-2-federal-buenos-aires-ys-osde-prestaciones-medicas-fa14630001-2014-09-16/123456789-100-0364-1ots-eupmocsollaf?>

“L., E. H. y otro c. O.S.E.P. s/ amparo”. Sentencia del 01/09/2015. Mendoza. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recuperado el día 26/11/2018 de: L. L. AR/JUR/28879/2015

“N.O.C.P. s/ autorización”. Sentencia del 05/05/2016. Buenos Aires. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro.87. Recuperado el día 27/09/2018 de: L. L. AR/JUR/32492/2016

“S., M. C. s. Medida autosatisfactiva”. Sentencia del 07/08/2014. Mendoza. Tercera Camara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, minas, de Paz y Tributario. Recuperado el día 26/11/2018 de: <http://www.marisaaizenberg.com/2014/09/fallo-autoriza-fecundacion-asistida-con.html>

“S., M. E. c. OSDE s/ Amparo de Salud”. Sentencia del 09/08/2018. La Plata. Camara Federal e Apelaciones de la Plata, Sala III. Recuperado el día 26/01/2019 de: L. L. AR/JUR/38083/2018

“Y., M. V. y otro c. IOSE s/ amparo de salud”. Sentencia del 14/08/2018. Buenos Aires. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recuperado el día 25/01/2019 de: L. L. AR/JUR/39861/2018

## ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la

Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	BERGESSIO, FERNANDO GABRIEL
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	29.402.504
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	EMBRIONES NO IMPLATADOS Y FECUNDACION POST MORTEM: SUS PROBLEMATICAS ACTUALES.
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	fernando_lm82@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b>  <i>(Marcar <del>SI</del> NO)<sup>[1]</sup></i>	SI
<b>Publicación parcial</b>  <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
**Firma autor-tesista**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración autor-tesista**

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

\_\_\_\_\_ certifica que la tesis  
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma Autoridad

\_\_\_\_\_  
Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

<sup>[1]</sup> Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.