

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Sede: Castelar

TRABAJO FINAL

TEMA: ***"La falta de legislación de la fecundación post mortem en Argentina"***

ALUMNA: Eberle, Florencia

DNI: 35.424.530

LEGAJO: 5933

E-MAIL: Florencia.eberle@gmail.com

CELULAR: 1164431782

TÍTULO A OBTENER: Abogada

TUTOR: Miceli, Carlos

reserva de tema de tesis. Recibidos ×

Florencia Eberle <florencia.eberle@gmail.com> jue, 8 feb, 10:29
para Marilina

Buenos días Marilina, espero te encuentres bien, te molesto por la reserva de tema de tesis, nosotras habíamos estado hablando el año pasado que yo quería hacer algo de técnicas de reproducción pero era un tema bastante usado, por eso quería preguntarte que te parece si utilizo como tema central "la falta de legislación en nuestro país de la fecundación post mortem"
Luego de hablar con mi tutor, Miceli Carlos, me dijo que estaría bueno que haga un análisis jurisprudencial de esta temática con algunos fallos y también algo de derecho comparado. No sé que te parece, aguardo comentarios..
Mil gracias por tu tiempo y predisposición

Saludos
Florencia Eberle
DNI: 35424530

Miceli, Marilina jue, 8 feb, 12:03
para Martina, mí

Interesante. Procedo a registrar tema y tutor. Atte

ACEPTACION DE TUTORIA

Autoridades de la Carrera de Abogacía

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Abierta Interamericana

S_____/_____D

Por medio de la presente como docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas acepto ser el tutor del trabajo final con modalidad de discusión teórica titulado **"LA FALTA DE LEGISLACIÓN EN ARGENTINA DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM"** de la alumna FLORENCIA EBERLE para la obtención del Título de Abogada. -

Sin otro particular, Saludo Atte.-

Profesor Miceli, Carlos

Escaneado con CamScanner

AGRADECIMIENTOS

Es difícil hacer entrar en una carilla, el sinnúmero de agradecimientos que hoy se me vienen a la mente, ya que en este camino tuve la suerte de conocer y rodearme de personas que lograron que la difícil tarea de hacer una carrera universitaria, trabajando y siendo madre a la vez, sea posible. Primero quiero agradecer a esta casa de estudios que me formó y que me dio la posibilidad de conocer y aprender de grandes profesionales, entre ellos, mi tutor el Dr. Miceli, Carlos, o también los doctores Rojas, Novoa, Muraca, Moyano y la doctora Collados, a quienes destaco no solo por su saber sino también por su calidad humana y su vocación en lo que hacen. También quiero hacer un agradecimiento, a mis compañeros que se convirtieron en amigos, y me acompañan hasta el día de hoy.

Pero, el agradecimiento principal es para mi familia y amigos, jamás hubiese podido llegar a donde estoy hoy sin la confianza de ellos, sin la cantidad de veces que estuvieron festejando un parcial, o cebando un mate mientras estudiaba por varios días seguidos. En el proceso de la carrera, pasé por muchas situaciones, algunas hermosas como el nacimiento de mi hija Juana y otras no tanto, como mi repentino desempleo, nuevos empleos, mudanzas de por medio, y ellos jamás dejaron que baje los brazos, confiando más en mí, que yo misma, es por ello, que este título no es solo mío, ya que como seres sociales que somos, ¿qué seriamos sin una red de contención en los grandes momentos que atravesamos en la vida?

Y para cerrar, quiero hacer una mención especial a la persona más importante que tengo, la que hizo la carrera a la par mío, desde la panza, hasta hoy… la que lee la Constitución Nacional y la lleva a su colegio para mostrar qué estudia su mamá, por ella y para ella fue todo mi esfuerzo de estos años, ser su mamá es mi mayor logro, y hago lo mejor posible para ser su ejemplo, más allá de una nota, es poder demostrarle que con el esfuerzo, todo podemos lograr y que aunque a veces las cosas se pongan difíciles, siempre podemos llegar a la meta, si lo deseamos. Asique gracias a ella y gracias a mi por haber podido transitar este largo, pero hermoso camino JUNTAS.

Espero que disfruten tanto como yo, de este trabajo que me encantó poder analizar y realizar…

Con cariño,

Eberle, Florencia

"La falta de legislación de la fecundación post mortem en Argentina"

El tema a tratar en la presente tesis va a estar relacionado con la falta de regulación de las prácticas relacionadas con la fecundación post mortem, las cuales son realizadas en nuestro país y por lo general, llevadas por el camino judicial, al no contar con una ley que permita o prohíba las mismas.

La presente investigación se desarrolla en el ámbito jurídico de nuestro país, es por ello que se utilizan como fundamento legal las normas establecidas en nuestro derecho nacional, se va a analizar la Constitución Nacional, Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 26.862. El objetivo de la misma es enumerar las diferentes prácticas que hoy en día se realizan, entre ellas la fecundación post mortem, la cual genera un vacío legal, dado que no hay regulación que permita ni que prohíba este proceder.

OBJETIVOS

- *GENERALES*
  - Analizar los tipos de fecundación artificial establecidos por la Ley 26.862
  - Describir la fecundación post mortem que no se encuentra regulada y las consecuencias que trae esta falta de legislación

- *ESPECÍFICOS*
  - Analizar el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley 26.862.
  - Abordar garantías como la autonomía de la voluntad y el derecho a formar una familia.
  - Realizar la explicación de conceptos relevantes.
  - Analizar jurisprudencia relacionada con el tema y derecho comparado.

INDICE

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN 7

JUSTIFICACION DE LA ELECCIÓN DEL PROBLEMA 8

RESUMEN 9

INTRODUCCIÓN 10

CAPÍTULO I: HISTORIA 13

EL PASO DEL CÓDIGO CIVIL AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN ARGENTINA 13

REGULACION DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS. 15

SANCIÓN DE LA LEY 26.862 15

TÉCNICAS DE BAJA COMPLEJIDAD 16

TÉCNICAS DE ALTA COMPLEJIDAD 17

Anteproyecto del CCCN 18

CCCN, ARTÍCULO 560 18

CAPÍTULO II: CONCEPTOS GENERALES 21

FILIACIÓN 21

EMBRIÓN 22

FECUNDACIÓN 23

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA 24

CONSENTIMIENTO INFORMADO 24

VOLUNTAD PROCREACIONAL 26

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL 27

FECUNDACIÓN EXTRACORPORAL 27

FECUNDACION POST MORTEM 27

CAPÍTULO III: FECUNDACIÓN POST MORTEM 29

DISTINTOS TIPOS DE FECUNDACIÓN POST MORTEM 32

DERECHOS SUCESORIOS DE LA PERSONA CONCEBIDA POST MORTEM 33

Proyecto de Ley: FERTILIZACIÓN POST MORTEM: INCORPORACIÓN DEL ART. 561 BIS Y MODIFICACIÓN DE LOS ARTS. 562 Y 2279 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN 35

CAPÍTULO IV: DERECHO COMPARADO 38

REGULACIÓN DE LAS TRHA EN ESPAÑA 38

REGULACIÓN DE LAS TRHA EN ITALIA 41

CAPÍTULO V: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 42

FALLO “G. A. P. s/ autorización sentencia del 21 noviembre del 2011”. Tribunal de Familia Nro. 3 de Morón. 43

FALLO “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social – SEMPRE s/amparo” 44

FALLO “N. O. C. P. s/ autorización” 47

CONCLUSIÓN 49

ANEXO: LOS MAESTROS DEL DERECHO 51

BIBLIOGRAFÍA 53

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Los avances tecnológicos en la medicina, han dado lugar a nuevas técnicas de reproducción, dándole la posibilidad de ser padres a muchas personas que no podrían haberlo sido de manera natural. Estas técnicas traen consigo nuevos paradigmas en la sociedad, pero también en el derecho, que se ha visto en la necesidad de legislar estos procedimientos, y que, si bien hoy en día, la mayoría se encuentran regulados, todavía falta poder encuadrar jurídicamente parte de estas prácticas, como es el caso de la fecundación post mortem, práctica que desarrollaré en el presente trabajo.

En relación con esta problemática el Dr. Bedrossian, Gabriel sostiene que: "*La bioética se enfrenta al dilema de analizar hasta dónde admitir este legítimo deseo de los potenciales progenitores, y en qué casos establecer límites que detengan planteos cuya procedencia implicaría afectar gravemente a otras personas o intereses dignos de protección que se encuentran involucradas en el asunto.*

Esta discusión bioética es, en realidad, la que desemboca en el segundo aspecto que genera la incertidumbre que vivimos en la actualidad: la falta de una regulación específica sobre el tema. Señalamos que ambas cuestiones se encuentran conectadas, porque la ausencia de la norma es el resultado de las importantes divergencias doctrinarias respecto a la forma de regular estos casos."[1]

Es por ello, que resulta imperioso acercar aún más el derecho y nuestra normativa vigente a la bioética y a los avances en la medicina.

[1] Bedrossian, Gabriel. *Fertilización post mortem: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo*. Revista de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética.

JUSTIFICACION DE LA ELECCIÓN DEL PROBLEMA

La elección del problema de investigación, nace por el vacío legal frente a la fecundación post mortem a nivel nacional y la necesidad de que se cree una ley para legislar este tipo de prácticas, y de esta manera evitar largos procesos judiciales, en los cuales las sentencias, están supeditadas a la decisión y fundamentos de un juez o tribunal, quienes tienen la obligación, conforme el art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

RESUMEN

En el presente trabajo se busca analizar las distintas técnicas de reproducción humana asistida, (en adelante TRHA) realizando una breve reseña histórica desde sus inicios hasta el día de hoy. Lo que se busca es abordar la legislación presente en nuestro país y en otras partes del mundo, y la omisión de leyes que regulen las técnicas post mortem, para hacer hincapié en la necesidad de una actualización de la ley, que sea compatible con todas las prácticas que se utilizan en la actualidad. En una época de creciente avance biotecnológico, es importante que se reconozcan, aunque sea parcialmente, límites a las pretensiones de aplicar las técnicas de reproducción humana asistida. También es importante que se reconozca que estas técnicas involucran cuestiones éticas y morales y que es de suma necesidad que el Estado intervenga en su regulación, dando prioridad a la libertad de las personas al momento de elegir como formar una familia y protegiendo la dignidad de la persona concebida por estas técnicas.

INTRODUCCIÓN

La reproducción humana asistida es el conjunto de técnicas o métodos médicos que facilitan o sustituyen los procesos naturales de fecundación. Debido al avance tecnológico en el campo de la medicina, es posible que familias con problemas de fertilidad u otras cuestiones, puedan cumplir su deseo de tener un hijo. Estas nuevas formas de concepción, traen consigo un importante cambio a nivel jurídico, que debe acompañar el avance tecnológico.

"*El derecho de filiación, tradicionalmente ha ref1ejado los presupuestos de la realidad biológica que determina la procreación. El hijo ha sido, tradicionalmente el resultado de la cópula fecundante de hombre y mujer, conducente a la concepción en el seno materno. Sin embargo, ya en el siglo XIX se comienza a practicar la inseminación artificial…"*[2]

La bioética es la ciencia que nace de la ética moderna y donde el hombre es el principal elemento de investigación, ante el crecimiento de esta ciencia y de los avances tecnológicos, en materia de salud, los países se han visto en la necesidad de legislar estas prácticas, aplicando como principio fundamental la dignidad humana.

"El Código Civil y Comercial, incorpora a la voluntad procreacional como nueva fuente de la filiación, pues el consentimiento informado expresado en legal forma da origen al vínculo paterno o materno filial con la persona gestada, con independencia de la existencia o no de vínculo genético"[3]

Esta voluntad procreacional es el consentimiento que debe dar una persona para asumir el rol de progenitor de quien será gestado. *"Las ciencias sociales han contribuido a la conceptualización de la "voluntad procreacional", entendida como la elección y la intención de tener descendencia.*

[2] Bossert, Gustavo, Zannoni, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. 7ma ed. Ed. Astrea. 2016.
[3] Galli Fiant, Maria Magdalena, *Tratado de la Familia*, Tomo II. Ed. La Ley. 2020

En este marco, se resalta la importancia que ha adquirido el elemento volitivo en el marco de las relaciones filiales".[4]

Conforme lo dispuesto por el CCCN este consentimiento debe ser previo (anterior a la práctica médica), informado (el centro de salud interviniente debe informar sobre aspectos médicos y jurídicos de la práctica a realizar), libre (debe ser de manera voluntaria sin vicios en el consentimiento), formal (debe ser realizado por escrito y certificado), actual (debe renovarse en cada practica a realizar) y revocable (puede ser dejado sin efecto).

El capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del CCCN está destinado a las reglas relativas a la filiación por TRHA que se deben cumplir (arts. 560 y ss.) Pero la definición y clasificación de este tipo de técnicas se encuentran en la Ley 26.862, denominada "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" sancionada y reglamentada en 2013.

La reproducción humana asistida, se puede llevar a cabo por diferentes técnicas, dependiendo las necesidades de cada persona, las cuales serán abordadas y explicadas a lo largo de este trabajo de investigación; dando especial atención a la fecundación post mortem y la falta de regulación de la misma en nuestro país, dado que la ley 26.862 no prohíbe ni permite este tipo de prácticas, y se realizó un proyecto de ley para incorporar la autorización de ellas en el Código Civil y Comercial, pero al día de hoy no está vigente, por lo que, nos encontramos frente a un vacío legal, que hace que cada vez más personas acudan a la justicia para poder realizarlas.

En este trabajo, el tipo de investigación a utilizar será el descriptivo, ya que el propósito es recoger información, analizarla y describir la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y dentro de la misma, la fecundación post mortem (FPM), detallar sus características principales y analizar jurisprudencia relacionada con esta problemática.

[4] Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora; *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*; Ministerio de Justicia de la Nación; Revista de Derecho Privado. 2012

Dado que, en nuestro país, el marco normativo vigente se apoya en nuestra Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, y el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), pero no hay una ley específica del tema, provoca que las personas que quieran tener la posibilidad de formar una familia por medio de estas prácticas, se vean envueltas en procesos judiciales, que de haber una normativa regulatoria serían innecesarios.

Es por ello, la importancia de enmarcar el status jurídico del embrión humano no implantado y de las situaciones originadas ante el pedido de fecundación post mortem. En Europa y Occidente, la regulación de la filiación se encuentra atravesada por la necesidad de crear leyes que se adapten a los cambios que ha sufrido el derecho de familia en las últimas décadas. Gran parte de esta necesidad de realizar un cambio en la legislación, se da por la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida.

Las TRHA, han roto los presupuestos tradicionales de la filiación: por una parte, el hijo ya no es necesariamente el fruto de una relación sexual entre un hombre y una mujer; por otra, hay una certidumbre plena sobre la identidad del padre y de la madre genéticos; en tercer lugar, se da la posibilidad a la intervención de terceros ajenos a la pareja en la procreación, acompañada de la regla de mantenimiento del anonimato del donante. La no necesidad de relación sexual para procrear, ha abierto un mundo de posibilidades muy variado, en función de que los gametos o el útero en que se desarrolle la gestación sea de uno de los miembros de la pareja, casada o no, o mujer sola que decide ser madre, o de un tercero/a, y en este último caso, con o sin el consentimiento del marido/compañero de la mujer en su caso. "*Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo"*[5]

[5] Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora; *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*; Ministerio de Justicia de la Nación; Revista de Derecho Privado. 2012

CAPÍTULO I: HISTORIA

EL PASO DEL CÓDIGO CIVIL AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN ARGENTINA

El Código Civil argentino estuvo vigente desde el 1 de enero de 1871 hasta el 31 de julio del 2015. Si bien había sufrido varias modificaciones para adaptarlo a la realidad social de la época, aunque esto sólo ocurría parcialmente, siendo la modificación más sustancial la que introdujo la Ley 17.711[6] durante el régimen de facto de Onganía en 1968, y otras reformas puntuales dentro del Derecho de Familia.

Más allá de los cambios nombrados en el párrafo anterior, el Código Civil no ha tenido una reforma integral que vaya de la mano con todos los avances sociales y jurídicos que han aparecido de la mano de los Derechos Humanos y la importancia de proteger los mismos. El 23 de febrero de 2011, el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el Decreto 191/2011, donde se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación y se designó como integrantes a Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. En febrero de 2012 se presentó el Anteproyecto de CCCN al Poder Ejecutivo Nacional, luego de varias modificaciones, en junio de 2012 se elevó el Proyecto al Senado nacional, que le dio media sanción el 28 de noviembre de 2013. Fue aprobado el 1 de octubre de 2014 por la Cámara de Diputados mediante la Ley 26.994.

El Código Civil y Comercial de la Nación[7], que entró en vigencia el 01/08/2015 reemplaza al Código Civil sancionado en 1869, y *"no sólo está en total consonancia y fidelidad con la llamada "constitucionalización del derecho privado"; sino que además en sus dos primeros artículos a modo de puerta de ingreso, alude de manera expresa a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos en los que la Argentina sea parte como fuente, aplicación e interpretación del nuevo derecho privado argentino*"[8].

[6] Publicada en el Boletín Oficial el 26 de abril de 1968 "DEROGANSE Y MODIFICANSE ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL. MODIFICANSE LAS LEYES 2393, 11.357, 11359, 14.367 Y 14.394"

[7] Ley 26994, publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014.

[8] Herrera, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, 1ra ed. Ed. Abeledo Perrot. 2015

"*En el campo de las relaciones de familia el Código Civil y Comercial de la Nación es el resultado del desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convencional de familia, es decir, de la grandes tensiones que ha auspiciado la doctrina internacional de los Derechos Humanos al mostrar que ciertos vacíos legislativos o normativas rígidas y cerradas eran totalmente incompatibles con principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, libertad y autonomía personal, por citar los principios a los cuales se ha apelado con mayor frecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma del Derecho de Familia*"[9]. Lo que se puede observar en el mismo, es el reconocimiento de diversas formas de organización familiar, demostrando un gran cambio con el Código Civil, donde solo se hacía lugar a un único modelo familia instituido por el matrimonio (madre, padre e hijos), dejando de lado otros, tales como la familia monoparental, o familias donde solo hay madre, o solo padre, etc., reconociendo el pluralismo y la libertad de poder elegir, ya que "*La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital, tal como los sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado"*[10]

Lo que podemos observar con la implementación del Código Civil y Comercial es la figura de esta tercera causa filial, que son las técnicas de reproducción humana asistida, la cual se suma a las ya establecidas con anterioridad, que son la filiación biológica y la adopción. *"Uno de los principales desafíos del Derecho de Familia contemporáneo es justamente definir qué se entiende por familia teniendo en cuenta que ésta ha dejado de ser, esencialmente, un núcleo económico y de reproducción para ser un espacio de afecto y de amor"*[11]

"Claramente los fundamentos de este nuevo Código son una expresión de lo que se denomina: Código para una sociedad multicultural"[12].

[9] Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, 1ra ed. Ed. Abeledo Perrot. 2015
[10] Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Ed. Astrea. 1989
[11] Graham, Marisa, Herrera, Marisa, *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia*. Ed. Infojus. 2014
[12] Chechille, Ana M, *Derecho de Familia conforme al nuevo CCCN*, 1ra Ed, Abeledo Perrot, CABA, 2015

REGULACION DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS.

"En los umbrales del siglo XXI, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) han abierto cauces nuevos de maternidad y paternidad, convulsionando en particular al derecho de familia en sus más profundos cimientos"[13]

En 1978, con los avances en la medicina, se consiguió el primer nacimiento de un bebé, por medio de la fecundación in vitro, llamado "bebé de probeta" y trayendo consigo futuros problemas jurídicos, que hasta ese momento no habían sido planteados. A través de la intervención científica que se realizó para lograr la fecundación y nacimiento de la hija del matrimonio Brown, (Leslie Brown) en Inglaterra, se dio lugar a distintas técnicas que se han ido creando a lo largo de los años con el fin de solucionar los problemas de fertilidad. *"En 1978 la ciencia demostró la posibilidad de fecundar extracorporalmente óvulos mediante semen también extraído previamente, para luego implantar el embrión en el útero"*[14]. Desde este primer nacimiento, la ciencia fue avanzando de manera constante, y las técnicas se fueron ampliando y comenzaron a surgir técnicas de mayor complejidad, donde no solo es posible criopreservar embriones (primer banco en Australia en 1980), sino también criopreservar óvulos y esperma.

"Se ha dicho que, en los últimos tiempos, resulta notorio el incremento de personas que recurren a estas nuevas formas de procreación. Por ello los desarrollos tecnocientíficos generan hoy la necesidad de adoptar decisiones compatibles con la autonomía personal y la dignidad humana, debiendo en consecuencia promoverse una reflexión interdisciplinaria".[15]

[13] Hidalgo, Soraya, *Los derechos sucesorios del hijo póstumo en la inseminación post Mortem*, Revista El Derecho. 1993
[14] Bossert, Gustavo, Zannoni, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. 7ma ed. Ed. Astrea. 2016
[15] Zannoni, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Bs. As. Ed. Astrea. 1978

SANCIÓN DE LA LEY 26.862

El 5 de junio de 2013 se sancionó la ley 26.862, "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" cuyo fin es garantizar el acceso integral a las técnicas de reproducción asistida, que surge "*con la finalidad de superar una situación patológica de esterilidad que impedía concebir hijos por la vía natural, para haber pasado a ser en la actualidad, en la práctica, una forma alternativa de procreación*"[16]. y el 19 de julio del mismo año el PEN (Poder Ejecutivo Nacional) dictó el decreto 956/2013 que reglamenta dicha ley.

Si bien, a nivel mundial, la creación de este tipo de leyes comienza en el año 1978. En Argentina, no existe ley previa que regule las técnicas de fecundación artificial.

"*En la Argentina, conforme la ley 26.862 y el reciente Código Civil y Comercial, la regulación de estas técnicas se enrola en el criterio amplio; en efecto, esa regulación no está centrada en la noción de 'infertilidad' y su relación específica con el derecho a la salud, sino como un modo o vía hábil de respeto al derecho de toda persona a formar una familia, con total independencia de su orientación sexual y estado civil; es decir, en total consonancia con los principios de igualdad y no discriminación. En esta línea, las TRHA permiten que los niños puedan nacer en el marco de parejas de igual o diverso sexo; también en el marco de un proyecto familiar de personas sin pareja, siendo ésta otra causa fuente de la familia monoparental, al lado de la adopción unipersonal…*"[17]

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) son definidas por la ley como "procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones"[18] y el decreto que regula la ley, explica a qué se refiere la misma cuando habla de técnicas de alta y baja complejidad en su artículo 2.

[16] Sambrizzi, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia* Tomo IV, 2ª ed., Bs. As., Ed. La Ley. 2018
[17] Kemelmajer de Carlucci, Aída. Herrera, Marisa. Lamm, Eleonora, "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima" art. Publicado en 2014
[18] Art. 2, Ley 26.862

TÉCNICAS DE BAJA COMPLEJIDAD: son las que favorecen la fecundación natural. Dentro de estas técnicas se encuentran las relaciones sexuales programadas, la inseminación cervical con capuchón y la inseminación intrauterina, que es la más utilizada. La misma consiste en el depósito de espermatozoides capacitados dentro del útero en forma sincrónica con la ovulación.

TÉCNICAS DE ALTA COMPLEJIDAD: son aquellas que reemplazan la fecundación natural por una fecundación in vitro, es decir se realiza en un laboratorio de embriología altamente equipado. Dos son las técnicas más utilizadas: FIV (Fertilización In Vitro) e ICSI (Inyección Intracitoplasmática del Espermatozoide). La FIV consiste en poner en contacto los espermatozoides con los óvulos en el laboratorio, esperando que el espermatozoide penetre en el óvulo y lo fertilice. La ICSI consiste en inyectar un espermatozoide dentro de un óvulo, mediante técnicas de micro manipulación muy sofisticadas."[19]

La regulación de estas técnicas fue de impacto positivo en el Código Civil y Comercial, donde se reconoce como tercera fuente filial a las TRHA, sumándola a la filiación por naturaleza y la adopción. Esta situación no solo afecta cuestiones filiatorias y hereditarias sino también abre la puerta a situaciones no alcanzadas por la normativa vigente, como es el caso de la Fecundación Post Mortem (FPM), que si bien, no está contemplada en la ley, tampoco está prohibida, por lo que su prohibición iría en contra del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, y los casos en que se presentan estas situaciones son resueltos por la jurisprudencia al haber un vacío legal.

La FPM, se pretendió regular mediante el Anteproyecto de Código Civil y Comercial (CCCN), cuya redacción fue eliminada del Código posteriormente sancionado (Ley 26.994) luego del debate parlamentario en la Cámara de Senadores de la Nación.

El artículo establecía*: "En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de*

[19] Font, Martin, *Guía de Estudio de Familia*, 12ª ed., CABA., Ed. Estudio. 2016

reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 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".[20]

Anteproyecto del CCCN, ARTÍCULO 560: *"Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida: El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella."*[21]

CCCN, ARTÍCULO 560: *"Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida: El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones".*[22]

Asimismo, el Anteproyecto consagraba que pueden suceder al causante las personas "*nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida…"* (art. 2279, inc. c), reconociendo derechos sucesorios a los nacidos por FPM. Este artículo se conserva en el CCCN vigente.

Por ende, existe un vacío legislativo en torno a la regulación de la FPM, con los desafíos que implica para los jueces frente a los casos que puedan presentarse.

[20] Art. 563, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.
[21] Art. 560, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.
[22] Art. 560, Código Civil y Comercial de la Nación.

Y como bien establece la jueza interviniente en el caso "N.O.C.P s/Autorización" (fallo que trataré en el capítulo correspondiente a la jurisprudencia analizada), *"La ley 26.994 que puso en vigencia el actual Código Civil y Comercial de la Nación en el que si bien han incorporado estos procedimientos, se ha perdido una valiosa oportunidad de legislar sobre la filiación "post mortem" al eliminar de su cuerpo legal el art· 563 del Anteproyecto sin que ello generara mayores controversias, quedando así relegada respecto de otras legislaciones de vanguardia en la materia como España, Cataluña Grecia y con algunas limitaciones Gran Bretaña, Bélgica y Portugal"*.

Al momento de la creación del art. 563, que no llegó a entrar en vigencia, *"Según los fundamentos dados por la Comisión Redactadora, se tuvo en cuenta la especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja mure durante el proceso que implican las técnicas. Justificaban la prohibición como regla, pero admitían que la pareja de la persona a la cual se le va a transferir el embrión deje expresada su voluntad de que en caso de fallecimiento acepta que ese embrión sea transferido y efectivamente el implante se produce dentro de los seis meses del deceso". [23]*

El mencionado artículo tuvo muchas críticas, por el hecho de que con la legalización de este tipo de técnicas se estaría permitiendo el nacimiento de un hijo sin padre, ya que habría fallecido con anterioridad, es el caso de Azpiri, Jorge quien afirma que, *"merece objeciones, porque por decisión de los progenitores, el hijo nacerá necesariamente sin padre*" o el caso de Berbere, Jorge quien considera que estas prácticas irían en contra del derecho de los niños. Por el contrario, sostiene Solari que, "*la filiación post mortem contemplada en el Anteproyecto debió mantenerse, para garantizar otra de las formas de filiación que ha hecho posible la ciencia médica. Es de esperar que en un tiempo no muy lejano el legislador debata sobre estas cuestiones y se permita, finalmente, su inclusión en el derecho positivo*"[24]

En consonancia con esta postura, Marisa Herrera expresa, "*con la finalidad de sentar las bases sobre las cuales se debería elaborar la regulación en materia de fecundación post*

[23]Marcos M. Córdoba, director, Tratado de la Familia, Ed. La Ley. 2020
[24] Solari Nestor, *Derecho de las Familias*, 2da ed. CABA, Ed. La Ley, 2017

.

mortem, sin desvirtuar la noción de progresismo y pluralidad que, junto a la de laicidad, se debería volver a la fuente de la filiación en esta materia: la voluntad procreacional exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado formal y específico o especial por encontrarse comprometidos derechos personalísimos. Esta debería ser la brújula que guíe el camino de cualquier regulación al respecto, siempre partiéndose de la aceptación de la FPM, es decir, de una mirada benigna en torno a ella, pero cuidada y bajo reglas claras…. Reafirmar la importancia o el lugar central que ocupa la voluntad procreacional debidamente exteriorizada a través del consentimiento informado en el campo de la FPM, a la vez, permitirá brindar soluciones a planteamientos más complejos aún, como aquellos que entrecruzan este tipo de fertilización con otra, como la gestación por sustitución"[25]

[25] Herrera, Marisa, *Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*; Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Departamento de Investigaciones; Revista IUS. 2017

CAPÍTULO II: CONCEPTOS GENERALES

En el presente capítulo, el objetivo principal que se busca alcanzar es el de definir los conceptos que se utilizarán a lo largo de esta tesis, con el fin de aportar claridad y facilidad en la lectura de la misma.

Para alcanzar este objetivo se analizarán los siguientes términos:

- FILIACIÓN
- EMBRIÓN
- FECUNDACIÓN
- TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA
- CONSENTIMIENTO INFORMADO
- VOLUNTAD PROCREACIONAL
- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
- FECUNDACIÓN EXTRACORPORAL
- FECUNDACIÓN POST MORTEM

FILIACIÓN

Es el vínculo jurídico que une a una persona con sus padres. "*El vocablo filiación –del latín filius, hijo– comprende "el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia". "De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación paterno-filial".*[26]

Según el artículo 558[27] del CCCN, existen tres tipos distintos de filiación, esta puede darse por ***NATURALEZA*** (hecho biológico de procreación), por ***ADOPCIÓN*** (vínculo

[26] Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. *Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético*. Buenos Aires. Ed- Depalma. 1995

[27] ART. 558 CCCN: "Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. 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"

creado por la ley) o por ***TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA*** (por medio de la ciencia)

Esta clasificación de tipos de filiación, aparece en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2015, con el CCCN, que incorpora las TRHA y establece que cualquiera sea el tipo de filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial, genera los mismos efectos. Ya que, en el Código Civil de Vélez Sarsfield, solo se hacía mención a la filiación por naturaleza y por adopción.

"La normativa argentina ha plasmado, en este sentido, diferentes principios constitucionales convencionales (arts. 1º y 2º, CCyC) que son los que sostienen y fundamentan el por qué o la razón por la cual el Código Civil y Comercial amplía la regulación del derecho filial incorporando, de manera especial, qué acontece con la filiación cuando ésta deriva del uso de las TRHA y el modo en que se lo hace, respetando y garantizando por ejemplo y entre otros: 1) el principio del interés superior del niño (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3º,ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11, ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso a la información de los niños nacidos de fertilización heteróloga; 6) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, y 7) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella"[28]

EMBRIÓN

Según la definición de la RAE es un *"Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie" "En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo"*[29] Es decir, que es un ser vivo producto de la fusión de los gametos femeninos y masculinos.

[28] Rodríguez Iturburu, Mariana, Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN
[29] embrión | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE

Relacionado con este término, se encuentra la criopreservación de embriones, que es una técnica por la cual se pueden conservar los embriones ya fecundados, así como también los gametos para ser usados en un futuro. *"La criopreservación embrionaria es el procedimiento de congelación de embriones que se realiza cuando se han podido obtener una cantidad de embriones mayor a la que se desea transferir. Esto evita la necesidad de volver a estimular los ovarios, de realizar una nueva punción y de aplicarse medicación inyectable, ya que al estar los embriones congelados el nuevo intento solo requiere de una preparación adecuada del útero y luego el descongelamiento y la transferencia de los embriones".*[30]

FECUNDACIÓN

Conforme la definición establecida por la Real Academia Española (RAE) la fecundación, deriva del verbo fecundar que es el proceso por el cual los gametos[31] masculinos (espermatozoides) se fusionan con los femeninos (óvulos) para dar origen a una célula llamada cigoto, es decir formar un nuevo ser. La misma puede ser interna, que es la que se da de forma natural en el cuerpo de la mujer, también conocida como concepción o puede ser externa, cuando se produce por medio de TRHA.

Con respecto a esta definición, la doctrina se encuentra dividida entre los que afirman que concepción y fecundación son sinónimos y los que niegan esta afirmación. Pero la realidad, es que nuestro CCCN en su art. 19, establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, y en el fallo Artavia-Murillo y otros contra Costa Rica[32] se considera el óvulo fecundado como una célula que habilita el posible desarrollo de un ser humano, pero destaca que, si no se implanta, sus posibilidades de desarrollo son nulas. La CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) menciona que el término "concepción" se refiere al momento en que se produce la anidación y afirma que un

[30] Criopreservación de Embriones. Congelar Embriones. In Vitro | IN VITRO Buenos Aires invitro.com.ar/congelamiento-embriones/

[31] Célula sexual reproductiva madura, capaz de fusionarse con otra célula de similar origen de sexo opuesto para crear el cigoto.

[32] *CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA.* SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012

embrión no implantado no es persona[33]. Es por ello, que, si bien ambos conceptos están relacionados, y tienen como finalidad la unión de los gametos, a mi parecer no son sinónimos ya que no tienen las mismas consecuencias jurídicas.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

(TRHA) Este tipo de prácticas se encuentran definidas por el art. 2 de la Ley 26.862, que establece que… *"se entiende por reproducción medicamente asistida a los procedimiento y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo"*

La misma ley, hace una distinción entre técnicas de baja y alta complejidad. Las primeras son las que se produce la unión del ovulo y el espermatozoide en el cuerpo de la mujer; y las segundas se dan cuando la unión del óvulo y espermatozoide se realiza por fuera del sistema reproductor femenino. Tienen acceso a estas técnicas tanto personas solas, como parejas de igual o distinto sexo, esto se basa en la igualdad de derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Es la decisión que toma una persona de aceptar o someterse a un tratamiento médico, el cual debe haber sido explicado con claridad antes de esta aceptación. El centro de salud interviniente será el encargado de pedir este consentimiento. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos "*el consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna,*

[33] En el fallo la CIDH establece que: "El embrión no puede ser entendido como persona a efectos de artículo 4.1 de la Convención Americana de DDHH dado que la concepción tiene lugar desde el momento en que aquel se implanta en el útero, razón por la cual, antes de este evento no habría lugar a la aplicación de la norma".

comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida."

"Está en la tensión de una encrucijada: de una parte, responde a los principios generales de los actos médicos (porque hay prácticas médicas involucradas en el proceso reproductivo). De otra parte, el nuevo Código hace pender de ese consentimiento médico la existencia de un nuevo ser humano, las modalidades en que será concebido y así un espectro de derechos y posibilidades futuras, un estado de familia y derechos personalísimos (identidad, nombre, derechos sobre el propio cuerpo) y patrimoniales, todos los cuales tendrán además incidencia en las generaciones futuras a través del parentesco jurídico que crea el derecho positivo (además de la selección de embriones implícita en todo tratamiento de reproducción asistida)."[34]

Este consentimiento debe ser, previo, libre e informado, deben realizarlo personas mayores de edad y con discernimiento, ya que si no estaría viciado. Los artículos 560 y 561 del CCCN hacen referencia al consentimiento que debe existir cuando estamos en presencia de reproducción artificial.

"A grandes rasgos, la validez del consentimiento en cuanto acto jurídico requiere que: a) a fin de garantizar la libertad del acto jurídico, será responsabilidad del establecimiento de salud certificar la mayoría de edad y la capacidad prima facie de donantes y progenitores de deseo; b) para que el consentimiento sea prestado con discernimiento, quien lo preste deberá ser previamente informado del objeto del acto, de sus efectos, de los procedimientos e implicancias para el donante o para los progenitores de deseo (sobre todo en el caso de la mujer donante o la mujer que recibirá la implantación del embrión, por el impacto que tienen dichos tratamientos en la salud física y psíquica de la mujer); c) el acto, para su validez, no deberá estar viciado de error, dolo o violencia."[35]

[34] Basset, Úrsula C. *El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial.* Ed. La Ley. 2015
[35] Alterini, Jorge H. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Tomo III 2ª ed. Ed. La Ley. 2016.

Es un acto jurídico unilateral, cuya formalidad exige que se instrumente por escrito y mediante la certificación de firma, el consentimiento es la exteriorización de la voluntad procreacional individual de la persona o conjunta con su pareja de llevar adelante alguna TRHA. Este consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. *"En la filiación por naturaleza no es posible que la "voluntad" de ser padre sea revocada. Sucede que el acto sexual se consuma en un plazo de tiempo que impide posibilidad de revocación alguna. Por el contrario, en las TRHA, que muchas veces suponen un proceso largo desde que se inicia el tratamiento hasta que se logra el embarazo, el consentimiento es esencialmente revocable hasta el momento de la implantación, siguiendo el criterio adoptado por la mayoría de leyes extranjeras"*[36]

VOLUNTAD PROCREACIONAL

Es la intención de ser padres, más allá de que haya o no aporte de material genético. El art. 562 del CCCN regula la voluntad procreacional estableciendo que*: "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 arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".*

Es por ello que, como afirma Néstor Solari*: "No habrá, ciertamente, vinculo legal entre el nacido con la persona que hubiere aportado los gametos. Ello en atención a que el vínculo paterno-filial, en estas circunstancias, no está originado en el vínculo biológico sino en la voluntad de las partes que han recurrido a dichas técnicas*"[37].

Por último, Gil Domínguez establece que, *"la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas…*

[36] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
[37] Solari, Néstor E. *Derecho de las Familias*, 2° Ed, Ed. La Ley. Bs. As. 2017.

El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo.''[38]

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Método por el cual, el semen previamente extraído es introducido en la vagina, puede ser en el cuello del útero (intracervical) o en el interior del útero (intrauterina). Hay dos tipos de inseminación artificial, ya que puede ser homóloga (se utilizan gametos del marido de la mujer a inseminar) o heteróloga (se utilizan gametos de un donante). En los casos de inseminación heteróloga, el art. 575 CCCN, establece que no se generan vínculos con el donante.

"La inseminación artificial es el método más sencillo, que consiste en colocar una muestra de semen dentro del útero de la mujer en un consultorio. Puede ser homologa cuando el semen que se inocula a la mujer pertenece al marido o heteróloga cuando es de un tercero "donante" o "dador""[39]

FECUNDACIÓN EXTRACORPORAL

Mediante esta técnica, se extraen los óvulos del cuerpo de la mujer para ser fecundados y luego se transfieren al útero un número de embriones, cuando estén en condiciones de realizar la anidación.

Para que este tipo de técnicas sean posibles, es necesario que se congelen los gametos que permite conservar por un tiempo considerable dicho material, este proceso da origen a los bancos de semen y bancos de óvulos.

Además de la manipulación de los gametos, también se pueden congelar los embriones sobrantes en caso de fertilización extracorporal, de esta forma, en caso de que la mujer

[38] Gil Domínguez, Andrés, *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ed. Ediar, Bs. As, 2014.
[39] Zannoni, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Ed. Astrea, Bs. As, 1978

no quede embarazada con los embriones que se le colocaron tiene la posibilidad de utilizar los que se guardaron como futura reserva.

FECUNDACION POST MORTEM

Cuando se habla de este tipo de fecundación, nos encontramos ante la muerte de uno de los miembros de la pareja, que, por lo general, es el hombre, y posteriormente se usa su material genético o embrión crioconservado, para gestar o concebir una nueva vida. A partir de esta técnica, se garantiza una opción más para garantizar el deseo de formar una familia, pero también la posibilidad de engendrar un hijo después de la muerte y dado el vacío legal en el que esta técnica se encuentra, genera inseguridad jurídica y les da un trabajo especialmente particular a los jueces, quienes, llegado el caso de decidir ante debates sobre este tema, se verán obligados a interpretar la ley de manera abierta, generando jurisprudencia.

"El hijo póstumo es aquel que es concebido, o nace, luego del fallecimiento de alguno de sus progenitores. Existe un procedimiento que consiste en inseminar a la mujer, o implantarle un embrión crioconservado, luego del fallecimiento de quien aportó el gameto.
Debe distinguirse en este caso, la fecundación post mortem donde el embrión aún no se formó, sino que el material genético que se utilizó para la realización de la técnica se hallaba congelado, de la implantación post mortem, que se da en los casos en que el embrión se encontraba crioconservado."[40]

[40] Chechille, Ana M, *Derecho de Familia conforme al nuevo CCCN*, 1ra Ed, Ed. Abeledo Perrot, CABA, 2015

CAPÍTULO III: FECUNDACIÓN POST MORTEM

Carlos Carranza y Marisa Herrera, afirman que la fecundación post mortem es un tipo de "*fecundación que se lleva a cabo después de que uno de los miembros de la pareja (matrimonial o no) fallecen*"[41]. También, Agustina Pérez define a la fecundación post mortem "*como una TRHA en virtud de la cual se transfiere póstumamente a una persona un embrión criopreservado y/o el material genético del/la causante*"[42] La Dra Salituri Amezcua también la define así: "*La fertilización post mortem (FPM) constituye un supuesto especial de técnica de reproducción humana asistida (TRHA), cuya característica definitoria radica en que se realiza después de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio*"[43]

La FPM es un tipo de TRHA que se encontraba previsto en el articulado del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, pero que, al igual que la subrogación de vientre, fueron sacados en el debate de la Cámara de Senadores, debido a distintas posturas contrarias a legalizar este tipo de prácticas, entre ellas parte de la doctrina y la Iglesia Católica.

Si bien, hay distintas posturas a favor y en contra de estas prácticas, hoy en día, aunque haya una ley que regule las técnicas de reproducción humana asistida, no existe regulación ni a favor ni en contra de la fecundación post mortem, es por ello que existe jurisprudencia que avala estas prácticas, apoyada en el art. 19[44] de la Constitución Nacional, donde se establece que lo que no está prohibido, está permitido.

Lo que la persona busca al utilizar este tipo de práctica no solo es el uso del material genético del prefallecido, ya que de ser esta sola la necesidad, podría utilizar material de cualquier donante mediante las TRHA, sin necesidad de autorización judicial, pero el fin

[41] Carranza Casares, Carlos, Herrera, Marisa, *La fecundación "post-mortem" y su incidencia en el derecho de la filiación*, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2002
[42] Pérez, Agustina, *Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mórtem ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016
[43] Salituri Amezcua, María. *Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem.*2017. Artículo publicado en la pág. De salud de la Nación.
[44] Texto completo del art. 19 CN *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."*

que también se busca es poder continuar con el proyecto de vida en común que tenía con su pareja antes de fallecer, el proyecto de formar una familia. Pero lo que se puede observar es un conflicto de intereses entre el deseo de procrear y tener descendencia con el interés superior del niño, que esta velado en La Convención Sobre los Derechos del Niño y en su art. 7[45] establece el derecho a conocer a sus padres, derecho que para parte de la doctrina estaría siendo vulnerado deliberadamente al aceptar este tipo de prácticas.

En consonancia con el artículo nombrado precedentemente, Krasnow afirma que *"No hay norma alguna sobre la reproducción post mortem ni sobre la gestación por sustitución. Sin embargo, el silencio no implica prohibición, de modo que estos procedimientos están implícitamente admitidos*"

La realidad, es que dados los avances tecnológicos y en el campo de la salud, el derecho se ve en la necesidad de actualizar las normas y reformarlas para regular estas nuevas prácticas. *"Su regulación permitiría proteger el interés superior del niño que podría llegar a nacer producto de la FPM, resguardando su derecho a la identidad al otorgársele el consiguiente vínculo filial y el reconocimiento de su posición jurídica dentro de la familia, constituyendo una protección a sus derechos humanos"*[46]

Pese al interés por regular esta práctica, hay parte de la doctrina y también de la jurisprudencia, que están en contra por varios motivos, entre ellos, se apoyan en el interés superior del niño y su vulneración, ya que, con la FPM, el niño por nacer, nacería sin progenitor. Afirma Daniela Zabaleta: *"En la fecundación post mortem el niño es concebido a sabiendas de que uno de sus progenitores no se encuentra con vida, privándolo adrede de la relación que pudiera tener con esa persona. En cambio, en los demás casos, se trata de un hecho involuntario, ajeno al querer de las partes. Las consecuencias en uno y otro supuesto son las mismas: el niño nacerá o se criará sin su padre, pero las causas de esas consecuencias no son idénticas y eso es justamente lo que hace que no puedan compararse ambos escenarios. Recuérdese que los actos en el*

[45] "*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*"
[46] Famá, María, *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Ed. La Ley. Bs.As. 2012.

Derecho no se juzgan sólo por los efectos que producen, sino que en su análisis resulta primordial la intención del agente que obra"[47]

Otro de los argumentos utilizados en contra de estas prácticas, es la vulneración de los derechos personalísimos del difunto, ya que no está del todo clara la voluntad procreacional que se efectúa con el consentimiento previo, libre e informado, conforme el art. 562 del CCCN.

La fertilización post mortem (FPM) constituye un supuesto especial de técnica de reproducción humana asistida (TRHA), cuya característica definitoria radica en que se realiza después de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio.

"En relación a los sujetos, la doctrina ha identificado tres supuestos: que el miembro supérstite de la pareja o matrimonio (heterosexual o del mismo sexo) sea mujer, en tal caso en su cuerpo se realizará la FPM o que sea el varón, lo que implicará recurrir a la gestación por sustitución (GS) y, finalmente, que ambos fallezcan, lo que también implicará la realización de la GS. Respecto de sus modalidades: puede ser que la técnica se realice con un embrión criopreservado de la pareja, generado durante la vida de ambos, o bien que el embrión sea generado también post mortem con material genético criopreservado del fallecido/a u obtenido a través de la extracción de su cadáver"[48]

Lo que se puede ver con estas técnicas, que vienen a darse gracias a los avances en la medicina es que interpelan al derecho y a los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, los cuales tienen diferentes posiciones frente a la FPM: países como España, Bélgica, Reino Unido, Israel y Grecia, permiten expresamente estas prácticas y regulan tanto su realización como sus efectos, por el contrario Francia, Alemania, Italia y Portugal las prohíben expresamente, y por ultimo podemos observar como en nuestro país se optó por el silencio legislativo. Algunos autores, como Marisa Herrera, entienden que: *"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*

[47] Zabaleta, Daniela B., "Transferencia de embriones crioconservados luego de la muerte del padre: fallo judicial sobre su cobertura", Revista de derecho y de familia de las personas. 2016
[48] Salituri Amezcua, María Martina. Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. 2017

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."[49]

El primer caso que ocurrió en el país fue en 1999, donde una española que enviudó durante su luna de miel en la Argentina y solicitó la extracción de semen del cadáver de su marido para poder llevarlo a su país para realizar una TRHA. Se logró la autorización judicial con la intervención del consulado español, ya que en nuestro país no había ninguna norma que prohibiera este tipo de prácticas.

Es un tema controvertido tanto en nuestro país como en el derecho comparado, porque existe la necesidad de determinar si es adecuado que un niño nazca deliberadamente luego del fallecimiento de su madre o de su padre. Parte de la doctrina está en contra de estas prácticas, ya que consideran una violación al derecho filial y al derecho a la identidad. Por otro lado, están quienes apoyan estas prácticas considerando que se le estaría dando la posibilidad de nacer y de adquirir todos los derechos humanos que tiene una persona.

DISTINTOS TIPOS DE FECUNDACIÓN POST MORTEM

"La filiación post mórtem en el campo de las TRHA puede presentarse frente a distintos supuestos, a saber: a) cuando la mujer se insemina artificialmente con material genético del o de la cónyuge o conviviente, fallecido durante el proceso de fertilización; b) cuando la mujer se implanta un embrión oportunamente crioconservado con la conformidad del o de la cónyuge/conviviente fallecido durante el proceso de fertilización; y c) cuando el cónyuge o conviviente fallece repentinamente y la mujer solicita la extracción de su material genético para su posterior fecundación."[50]

[49] Herrera, Marisa, Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada; Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Departamento de Investigaciones; Revista IUS. 2017

[50] Famá, María Victoria. *Filiación Por Naturaleza Y Por Técnicas De Reproducción Humana Asistida*. Ed. La Ley. 2017

- Cuando la pareja está en el programa de TRHA, el hombre se realizó la extracción del semen, para la futura fecundación, pero muere antes de practicarse la misma, y la mujer solicita que se le entregue el material genético, para hacerse fecundar.
- Cuando la pareja está en el programa de TRHA, y ya hay un embrión, mediante la unión del esperma del hombre y ovulo de la mujer, y el hombre fallece, y se solicita la fecundación.
- Cuando el hombre o mujer de una pareja muere, y su pareja pide la extracción compulsiva del material genético, para su posterior uso.

DERECHOS SUCESORIOS DE LA PERSONA CONCEBIDA POST MORTEM

El Código Civil y Comercial de la Nación destina el art. 2279 a enumerar quienes son las personas que pueden suceder[51], y establece "*Pueden suceder al causante:) 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*"[52]

María Famá entiende que los incisos b y c del artículo no hacen distinción de si la implantación fue anterior o posterior a la muerte del fallecido y dice que: *"Si bien el inciso b) habla de personas concebidas que nazcan con vida lo cierto es que los embriones humanos criopreservados están concebidos, desde el momento de la unión de los gametos, por lo que se podría considerar que por este inciso pueden suceder al progenitor fallecido por su carácter de persona por nacer, aunque está supeditado a que esa persona por nacer nazca con vida. Se basa este análisis en que el legislador refiere: "concebidas en ese momento" y no hace distinción en si deben estar concebidas en el seno materno o no, por lo que entendemos que este inciso puede ser de aplicación.*

[51] La sucesión es el proceso por el cual se transfieren los bienes, derechos y obligaciones de una persona fallecida a sus herederos o legatarios, en nuestro país se regula en los arts. 2277 al 2531 del CCCN.
[52] ART. 2279 CCCN

Asimismo, el inciso c) es especifico respecto a los embriones criopreservados, ya que nos habla de personas nacidas después de su muerte producto de técnicas de reproducción humana asistida…"[53]

Con pensamiento similar al anterior, la Dra. Galli Fiant aporta lo siguiente: *"Si durante la gestación del hijo se produce el deceso del/de la que ha expresado su voluntad procreacional, se inscribe el nacimiento y se determina la filiación con relación a quien dio a luz y al/a la causante. No está previsto como requisito para la determinación del vínculo que el consentimiento se ratifique al momento del nacimiento y su inscripción, por ello el fallecimiento no afecta el emplazamiento. Los vínculos quedarán determinados por la inscripción peticionada por quien presente el certificado que prueba el nacimiento y el instrumento que contiene el consentimiento previo. Como consecuencia, el hijo póstumo del varón o mujer causante haya o no aportado sus gametos para la procreación asistida, goza de derecho hereditario. En efecto, dada su calidad de persona humana desde el momento de la concepción, sumado al consentimiento previo otorgado por el/la causante, al momento del deceso el gestado es capaz para suceder, con la única condición de que nazca con vida*."[54]

En relación con las palabras de las Dras. citadas precedentemente, podemos observar que la regla general de la sucesión es que las personas capaces de suceder al causante son las existentes al momento de su muerte, pero la ley abre camino a ciertas excepciones, donde pueden suceder personas nacidas después de la muerte. Este art. del CCCN podría haber estado relacionado con el art. 563 del Anteproyecto (analizado anteriormente), el cual se sacó del CCCN, pero contrariamente a este acto si entró en vigencia el art. 2279. A propósito de estas diferencias entre una art. y otro Úrsula Basset ha dicho que, *"La eliminación de esta permisión excepcional, según nuestro criterio, debió ser acompañada con una supresión del inc. C del art. 2279 del CCCN, pues la capacidad para suceder del hijo gestado por TRHA queda incluida en los demás supuestos que la norma prescribe*"[55]

[53] Famá, María Victoria. *Capacidad para suceder y filiación post mortem mediante técnicas de reproducción humana asistida*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2017
[54] [55]Galli Fiant, María Magdalena. *Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio*. 2017
[55] Basset, Ursula, *Incidencia en el derecho de familia del Proyecto de Código con media sanción.* www.saij.gob.ar

Proyecto de Ley: FERTILIZACIÓN POST MORTEM: INCORPORACIÓN DEL ART. 561 BIS Y MODIFICACIÓN DE LOS ARTS. 562 Y 2279 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Este proyecto de ley fue presentado por Mara Brewer[56] en el año 2023 con el fin de regular la FPM, práctica que como se ha establecido en el presente trabajo, al no tener una regulación en nuestro ordenamiento jurídico genera distintas posturas y las personas que desean hacer uso de las mismas se deben enfrentar a decisiones judiciales. Lo que se buscaba con el mismo, era la incorporación del ART: 561 bis y la modificación de los arts. 562 y 2279 del CCCN. "*El presente proyecto tiene como antecedente el proyecto de ley 2149-D-2020 y pretende regular lo que la doctrina especializada en derecho de las familias y bioética denomina fertilización post mortem (FPM) en técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)"*[57]

Entre los fundamentos que Brewer establece en su proyecto, hace una enumeración de los casos llevados a la justicia relacionados con esta temática en los últimos años, donde se puede observar que las decisiones tomadas por los jueces varían dependiendo cada caso en particular y es por ello, que resalta la necesidad de incorporar en nuestro CCCN una regulación a esta problemática. Entre estos fundamentos se cita las palabras del Poder Judicial en una sentencia con fecha 5 de febrero de 2020, que dice "*Cabe señalar que desde el punto de vista jurídico no existe en nuestro país, una disposición legal que regule la fecundación post mortem, motivo por el cual se puede decir que se está ante una laguna del derecho en una temática que es de gran importancia y que mal que le pese a los legisladores existe en el mundo real; razón por la cual —a mi criterio— resulta imprescindible que la FPM sea expresamente regulada, estableciendo los requisitos que la legislación considere pertinentes, siendo respetuosa de los derechos de todos los involucrados*"

[56] Es una política, psicóloga y educadora argentina. Fue Diputada Nacional por CABA hasta el 10 de diciembre de 2023, integrando el bloque del Frente de Todos.
[57] PROYECTO DE LEY. https://www.diputados.gov.ar/diputados/mbrawer/proyecto.html?exp=1608-D-2023

También se enumeran los países que tienen reguladas estas prácticas, entre ellos, España, Reino Unido, Bélgica, Países Bajos, Grecia, Uruguay, Brasil, Canadá, Israel y Australia, Portugal y Cuba.

"El presente proyecto mantiene la regla básica de negar la posibilidad de utilizar gametos o embriones sin la correspondiente actualización del consentimiento previo, libre e informado, pero propone una excepción denominada FPM; estableciendo que solamente existe vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de fertilización humana asistida y la persona fallecida si ésta ha prestado un consentimiento expreso a la utilización de sus gametos o embriones post mortem y si el embarazo se produce dentro del año siguiente a su fallecimiento. En caso de que se cumplan ambos requisitos, por supuesto, el niño/a que nazca de ese procedimiento tendrá derechos sucesorios como hijo/a de la persona fallecida"[58]

El art. 561 bis, que se pretendía agregar al CCCN, establecía lo siguiente: "*Revocación del consentimiento por causa de muerte. El fallecimiento de una persona, mientras no se haya producido la inseminación de gametos o transferencia de embriones, equivale a la revocación del consentimiento oportunamente prestado.*
No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumplen los siguientes requisitos:
a) la persona consiente en el correspondiente consentimiento informado o en un testamento que sus gametos o los embriones criopreservados sean utilizados por su cónyuge o conviviente después de su fallecimiento; y
b) la inseminación de gametos o la transferencia del embrión se produce dentro del año siguiente al deceso.
Queda prohibida la extracción post mortem de material genético de conformidad con lo previsto en los artículos. 55 y 56."

El art. 562, que se pretendía modificar quedaría de la siguiente manera: *"Voluntad procreacional. Los/as nacidos/as por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quien o quienes prestan su voluntad procreacional manifestada en el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos*

[58] PROYECTO DE LEY. https://www.diputados.gov.ar/diputados/mbrawer/proyecto.html?exp=1608-D-2023

560, 561 y 561 bis, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos."

Y por último el art. 2279, también susceptible de modificación por este proyecto, regulaba que: *"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 de conformidad con lo previsto en los artículos 561 bis y 562;[59]

d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento."

[59] PROYECTO DE LEY. https://www.diputados.gov.ar/diputados/mbrawer/proyecto.html?exp=1608-D-2023

CAPÍTULO IV: DERECHO COMPARADO

El tema elegido en el presente trabajo, es muy controvertido, incluso en el derecho comparado, dado que hay parte de la doctrina que está a favor, apoyada en la autonomía de la voluntad y el derecho de las personas a formar una familia, y parte que está en contra por el hecho de que se pone en análisis si es éticamente correcto que un niño nazca deliberadamente sin padre o madre. Dentro de las distintas posturas hay países que admiten ampliamente estas prácticas como es el caso de España; países que las admiten, pero con restricciones como Portugal y países que las prohíben como es el caso de Suecia. En nuestro caso particular, prima el silencio, ya que no existe regulación al respecto.
A continuación, se analizarán brevemente las regulaciones de España e Italia.

REGULACIÓN DE LAS TRHA EN ESPAÑA

Como se detalló precedentemente, España es uno de los países de la Unión Europea que admiten ampliamente la fecundación post mortem, tal es así, que este tipo de prácticas están reguladas desde los años 80 en su ordenamiento jurídico.
España admitió la FPM en 1988, con la Ley 35/1988 [60], la cual fue derogada posteriormente por la Ley 14/2006. En ambas leyes lo que se intentó regular fue el uso de las técnicas de reproducción asistida. En la Ley de 1988, se señalaba como uno de sus fines la respuesta ante la infertilidad, además de tratamiento y prevención de enfermedades de origen genético o hereditario; pero en la ley de 2006, se modifica esta referencia a tratamientos contra la infertilidad, dejando de lado que solo sea un derecho a la salud al cual pueden acceder parejas heterosexuales, sino también un medio alternativo de reproducción, por el cual las personas acceden al derecho de formar una familia. Con respecto a la FPM, en la Ley de 1988 se contempló la posibilidad de autorizarla en su art. 9, el cual establecía lo siguiente:

"1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta

[60] Ley de Reproducción Asistida Humana de España.

Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas"[61]

Sin embargo, esta Ley fue derogada en 2006 por la Ley 14 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, donde también se reconoce la FPM en el art. 9 pero con modificaciones. En este caso se incluye el documento de instrucciones previas, un documento similar al consentimiento informado y, además, se amplía el plazo de seis a doce meses luego del fallecimiento del hombre para llevar a cabo la FPM.
El art. 9 de la presente ley establece que:

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

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3[62]*, en escritura*

[61] Art. 8 Ley 35/1988 https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35
[62] ART. 6.3: "Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del

pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad"[63]

"Puesto que se habla de "fallecimiento del marido" o del "varón no unido por vínculo matrimonial" ha de descartarse que la ley española contemple el caso de que quien sobreviva sea el varón y no la mujer, y sea aquel el que solicite que se implante el preembrión constituido en vida de ambos en el útero de otra mujer. Se ha subrayado que tal posibilidad no sería coherente con el art. 10 LTRHA, que afirma la nulidad de la gestación por sustitución en su párrafo primero ("Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero")[64]

Ambas leyes tienen en común, que se reconoce la posibilidad de revocación del consentimiento, siempre y cuando sea manifestado antes de la realización de las técnicas. Una vez realizada la práctica, conforme a lo dispuesto por la Ley y respetando los requisitos exigidos tiene los efectos jurídicos de la filiación y la sucesión.

cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal"

[63] ART. 9 LEY 14/2006 https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con

[64] Jiménez Muñoz, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, 2012.

REGULACIÓN DE LAS TRHA EN ITALIA

En el sistema jurídico italiano, las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran reguladas en la Ley 40/2004. Es una ley que ha tenido muchas críticas desde su proyecto, porque a pesar de ser la primer ley[65] que trata esta temática en dicho país, es una ley muy restrictiva.

El art. 1 establece que solo se aplicarán las técnicas para casos de infertilidad, sino existen métodos efectivos para eliminar la infertilidad o esterilidad, limitando la posibilidad de utilizarlas por otros motivos, por lo que iría en contra de lo que se establece en la Constitución Italiana[66] que es la libertad personal[67], la igualdad ante la ley[68] y el derecho a procrear.

La ley se basa en "*un modelo de familia de dos miembros, ya que no existe un derecho absoluto a la paternidad*"[69], es por ello, que las beneficiarias de estos métodos deben ser mujeres casadas o convivientes, y ambos miembros deben prestar consentimiento, es por ello que se desprende de lo dispuesto, que no está permitida la FPM ya que su art. 5 establece que "*… las parejas adultas de distinto sexo, casadas o en unión libre, en edad potencialmente fértil, **ambas vivas**, podrán acceder a técnicas de procreación medicamente asistida."*[70]

[65] Si bien anterior a dicha ley se habían intentado crear ordenanzas al respecto, lo cierto es que, pese a que las prácticas en ese país ya se realizaban desde antes, estas eran sin una regulación.
[66] C.I promulgada el 27/12/1947
[67] Art. 2 CI "la república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre…"
[68] Art. 3 CI "todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley…"
[69] Corte Constitucional italiana, giustiziacivile.com
[70] Art 5 Ley 40/2004 www.gazzettaufficial.it

CAPÍTULO V: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia seleccionada en el presente capítulo, para su análisis, fue elegida con el fin de demostrar lo explicado anteriormente, y es que al no haber una legislación integral con respecto a la fecundación post mortem, los casos llevados a la justicia van a tener distintos resultados, dependiendo las resoluciones de los jueces que intervengan en ellos y su visión sobre el tema a tratar, quienes conforme al art. 3 del CCCN, tienen la obligación de resolver los asuntos correspondientes a su jurisdicción tomando una decisión, la cual debe estar debidamente fundada.

En una entrevista realizada al director de la clínica de fertilidad Halitus, Rodolfo Pasqualini, el mismo afirmó que *"para los centros como el que dirige, es un tema álgido y complejo porque la clínica queda en el medio, entre el deseo de la persona y su realización, que implica suponer que la persona fallecida estaba de acuerdo –cuando no lo dejó expresado–. Esa suposición debe ser, además, convalidada por la justicia: "Estamos atados de pies y manos" sin esa autorización" "En nuestros consentimientos informados para la criopreservación de óvulos, embriones o semen, agregamos un ítem sobre qué hacer en caso de separación y otro sobre cómo actuar en caso de fallecimiento", "La realidad es que, más allá de estar firmado en los consentimientos, en los pocos requerimientos que tuvimos, siempre recurrimos al fallo (confirmatorio) de un juez para estar tranquilos de que la decisión está analizada de varios puntos porque tiene consecuencias legales respecto de herencias y cuestiones económicas"*[71]

De los casos llevados a la justicia en nuestro país, podemos observar distintas peticiones, dado que, algunos disponen sobre semen criopreservado, otros sobre embriones criopreservados y también sobre la extracción compulsiva de semen a un hombre fallecido. Las resoluciones dictadas por los jueces han variado dependiendo la interpretación de cada uno y la ideología de los mismos, es por ello, que podemos apreciar que no contamos con seguridad jurídica al momento de llegar a estos casos, ya que las decisiones no parten de una ley sino de un juez o tribunal.

[71] https://www.unidiversidad.com.ar/fecundacion-post-mortem-nueve-fallos-autorizaron-la-tecnica-enlos-ultimos-12-anos-en-la-argentina

El primer fallo en nuestro país es del 21/11/2011 en una sentencia dictada por el Tribunal de Familia N° 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires, que es el FALLO "G. A. P. s/ autorización", el cual abordaré con posterioridad.

Además, se analizarán los fallos "A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social – SEMPRE s/amparo" y "N. O. C. P. s/Autorización"

FALLO "G. A. P. s/ autorización sentencia del 21 noviembre del 2011". Tribunal de Familia Nro. 3 de Morón.

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

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 Procrearte donde el Dr. Quintana, les brindo la información necesaria acerca de una fertilización asistida. En el mes de junio de 2010, la actora y su cónyuge prestaron el debido consentimiento para establecer la crioconservacion de material genético.

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

Esta 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. El mencionado Centro de Fertilidad niega a la actora a proseguir con el tratamiento previsto, lo que hace que la Señora G.A.P. inicie una acción declarativa de certeza.

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. Los fundamentos

del Tribunal se basaron en la aplicación del principio de legalidad y reserva, articulo 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.

Dicho tribunal entendió que, si bien la actora podría haber realizado una fertilización heteróloga, con semen de un donante, sin la necesidad de autorización judicial, la finalidad de su pedido era poder realizar el proyecto familiar que tenía con su marido.

"Ante la circunstancia de que el esposo de quien solicita autorización para someterse a un tratamiento de fertilización asistida prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia que su propia dolencia requería, hasta obtener el material genético y luego lo entregó a su esposa para su preservación en una institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de fertilización, y tal conformidad se mantuvo por los nueve meses que el esposo sobrevivió, resulta precedente recurrir a la figura del consentimiento presunto y autorizar el tratamiento de fertilización asistida solicitado, puesto que estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no solo no lo hizo, sino que sus familiares directos confirmaron que era deseo del fallecido ser padre."[72]

FALLO "A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social – SEMPRE s/amparo"

La jurisprudencia en el fallo "A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social – SEMPRE s/amparo"[73] autorizó la fecundación de un embrión ya formado, con gametos del marido fallecido y ovodonación, a una mujer que estaba inscripta en el programa de TRHA.

Según el juez en este supuesto, no debería haber controversia normativa, ya que no sería un caso de FPM, porque el embrión fue fundado antes de la muerte del marido de la actora y crioconservado, si bien no había consentimiento expreso del marido, se entiende que

[72] Tribunal de Familia de Morón, nro. 3, 21/11/2011
[73] Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n ° 4 de Santa Rosa La Pampa, 30/12/15, "A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social – SEMPRE s/amparo"

existe el mismo, porque era una práctica en estado avanzado, y que tenía como fin, un proyecto de vida en común que no pudo concretarse por la premoriencia de uno de los cónyuges. Conforme lo establecido en la historia clínica del Instituto, se habían fertilizado ocho ovocitos, dos de los cuales se transfirieron en agosto del 2014, y el resto se crioconservaron. Es por ello, que después de la muerte de su marido la demandante solicita la implantación.

El juez del fallo, fundamenta su decisión diciendo que, *"la preocupación de la obra social pasa por el hecho de que el fallecido no puede prestar su consentimiento para la implantación de los embriones y ello obstaría el surgimiento de un vínculo filial… El tema es que se trata de cuestiones diferentes. Una es la cobertura de una práctica comprendida en un proceso de reproducción asistida como prestación debida por la obra social demandada de acuerdo a la ley de reproducción médicamente asistida y en las condiciones allí previstas y otra el emplazamiento filial del niño o niña que pudiera nacer con motivo de la transferencia de tales embriones.*

La cobertura de las prácticas comprendidas en la reproducción médicamente asistida está regida por la ley 26.862, que como ya se dijo, no contempla expresamente el supuesto de la fecundación post mortem pero que tampoco lo prohíbe, por ende, su privación no tiene fundamento legal y contraviene el principio de reserva de la ley consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

El emplazamiento filial derivado de una técnica de reproducción humana asistida, es una cuestión distinta, que no se puede considerar en este proceso en el que no hay una pretensión de emplazamiento filial. Es un tema que no integra el objeto de la pretensión deducida y que no puede ser entonces materia a decidir, lo cual es de toda lógica porque no ha nacido ningún niño cuyo emplazamiento filial pueda demandarse y si se lo hubiera hecho no sería una cuestión actual, sino meramente hipotética. Por otra parte, de haber habido una pretensión en tal sentido, la obra social no sería el legítimo contradictor, pues ningún interés tiene en la cuestión.

No obstante ello y en atención a los reparos que se pudieran hacer a la práctica pretendida en este caso con base en el art. 560 del Código Civil y Comercial creo necesario puntualizar que, más allá de que en este proceso no se esté discutiendo la filiación post mortem, entiendo que no existen razones para dudar de que voluntad procreacional expresada por el varón (ver fs. 82) sólo cuarenta y nueve días antes de

fallecer imprevistamente (ver partida a fs. 22) se hubiera mantenido. Tampoco las hay para presumir que quien atravesó junto a su pareja el complejo proceso de una reproducción asistida, con las implicancias físicas y emocionales que ello conlleva, en pos de concretar un proyecto familiar común lo hubiera revocado en tan breve lapso"[74]

En este fallo, se puede ver como se deja de lado, la doctrina que contraría estas prácticas por sostener que vulneran los derechos del niño por nacer. "*La contradicción es evidente, pues si se entiende que existe vida desde la fecundación ningún argumento puede sostener válidamente la oposición a que esa vida se desarrolle a través de la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer. Además, se dio por sentado que el embrión obtenido a través de una fecundación asistida es persona siendo que si bien el status jurídico de éste es un tema en discusión, en el sistema interamericano de derechos humanos esa discusión está actualmente zanjada por la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al art. 4º.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que consideró que en ese caso la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión. ("Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", 28 de noviembre de 2012"*

En respuesta a la negativa de que el niño por nacer, no tenga derecho a tener un padre, en el presente fallo, se establece que "*en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma e hizo una referencia concreta a las familias monoparentales afirmando que no hay nada que indique que no pueden brindar cuidado, sustento y familia a los niños y que la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas". ("Forneron e hija vs. Argentina", 27 de abril de 2012)."*[75]

[74] JUZGADO DE 1A INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA NRO. 4 DE SANTA ROSA "A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social (Sempre) s/ amparo"
[75] JUZGADO DE 1A INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA NRO. 4 DE SANTA ROSA "A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social (Sempre) s/ amparo"

FALLO "N. O. C. P. s/ autorización"

Otro caso conocido en nuestro país es el de un hombre que falleció el 13/09/2011 en un accidente ferroviario conocido como la "Tragedia de Flores" cuya esposa, acompañada por sus suegros (padres del fallecido) solicitan la extracción de material genético. Luego de unos años, ante la negativa de un centro de salud a su pedido de realizarse un procedimiento de reproducción asistida para tener un hijo con dicho material, peticiona a la justicia autorización para llevar adelante la práctica médica. El juzgado Nacional en lo Civil de Familia N° 87, el 05/05/2016 hace lugar a la acción.[76]

"*Cecilia y Pablo estaban juntos desde hacía siete años. Convivían en la casa de los padres de él, por lo cual toda la familia sabía lo que significaba para ellos no poder lograr un embarazo natural. Así, en junio de 2011 fueron a un centro de reproducción y empezaron un tratamiento. Pero tres meses después, Pablo se convirtió en uno de los protagonistas de la tragedia de Flores: murió después de que un tren chocara al colectivo en el que viajaba. En medio de la conmoción y contrarreloj, Cecilia logró que un juez la autorizara a extraer espermatozoides del cuerpo de su marido. Y ahora, cinco años después de aquella mañana trágica y pese al vacío legal, una jueza la autorizó a hacerse lo que se conoce como fecundación post mortem*"[77]

La jueza que interviene en el caso afirma que, "*la decisión de tener hijos biológicos a través de TRHA forma parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar; que la decisión de ser o no ser madre o padre es parte de ese derecho a la vida privada y se relaciona con la autonomía reproductiva, tal como lo resaltó la Corte Interamericana en el caso A. M. ya mencionado supra. Esos derechos son vulnerados si se obstaculizan los medios para que la mujer pueda ejercer el derecho a controlar su fecundidad".*[78]

Y fundamenta su decisión positiva de la siguiente manera*, "a la luz de la Constitución Nacional y legislación interna, la fecundación post mortem no es una técnica prohibida y*

[76] "N. O. C. P. s/ autorización" Cita: TR LALEY AR/JUR/32492/2016
[77] https://www.clarin.com/sociedad/marido-tragedia-flores-autorizan-madre_0_EJFDqzON-.html
[78] "N. O. C. P. s/ autorización" Cita: TR LALEY AR/JUR/32492/2016

con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el Sr. P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida.

Es cierto que el documento de fs. ... no contempla expresamente la posibilidad de continuar con las técnicas de fecundación luego de producirse la muerte de alguno de los involucrados, pero —a mi criterio— esa exigencia o mención en los formularios preimpresos que suelen utilizarse en las instituciones resultaría de un gran impacto para el común de la gente que, justamente acude a ese tipo de establecimientos deseosos de generar una nueva vida para ver cumplido el anhelo de ser padres."[79]

De acuerdo a la opinión de Marisa Herrera, todos los precedentes jurisprudenciales, tienen en común que demuestran la importancia de tener normas jurídicas claras con respecto a esta temática, que está aumentando notablemente de la mano de los avances científicos. Ella manifiesta su negativa con respecto a la decisión tomada por la jueza del fallo y considera acertada la decisión que se tomó de quitar del CCCN, lo que se pretendía regular en el Anteproyecto con respecto a este tipo de prácticas. "*Excluir del texto proyectado la filiación derivada por TRHA post mortem tal como se lo pretendía regular fue una decisión legislativa acertada. Ahora bien, el silencio legislativo no sería la postura más adecuada dada la importancia que tiene la ley para dar previsibilidad y colaborar en la pacificación de relaciones humanas. ¿Qué debería decir entonces una futura normativa al respecto? Se podría ensayar una respuesta legislativa sencilla apelándose al texto proyectado con un cambio sustancial: en vez de aludirse al embrión debería tratarse de gametos extraídos en vida. En este contexto legislativo hipotético, fácil se resolverían supuestos como el sentenciado por el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 87. Más precisamente, no habría llegado a intervenir el juzgado con competencia de familia para emitir autorización judicial alguna ya que no se hubiera contado con material genético alguno dada la correcta negativa de extracción post mortem"*[80]

[79] "N. O. C. P. s/ autorización" Cita: TR LALEY AR/JUR/32492/2016

[80] Herrera, Marisa, *El consentimiento informado prestado desde el más allá y presumido en el más acá. A raíz de un resonado fallo sobre filiación post mortem*, Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 14. 2016

CONCLUSIÓN

En los tiempos que corren, donde los avances tecnológicos son cada vez más notorios, sobre todo en el campo de la medicina, la posibilidad de un cambio en la normativa vigente que se ajuste al cambio de paradigmas que estamos viviendo, debe ser tomada como una tarea pendiente para nuestros legisladores. Sobre todo, teniendo en cuenta cómo el tipo de familia se fue modificando a través de los años, y estas modificaciones, son aceptadas y reguladas en nuestro CCCN, no hace tantos años atrás una familia monoparental o monogámica no solo no estaba regulada, sino que era algo impensado. Por eso, es que creo que, si bien estas prácticas que se plantean pueden resultar controversiales, en un futuro van a ser normalizadas, respetando la autonomía de la voluntad de las personas.

Dado que hoy en día, los resultados de los casos llevados a juicio, van a depender de la decisión de uno o varios jueces, que van a debatir conforme a sus principios y sus interpretaciones de las leyes sin un cuerpo normativo que los guie, es muy difícil que haya seguridad jurídica, ya que, en casos similares, las sentencias pueden diferir.

Cuando se habla de seguridad jurídica, nos referimos a la certeza que tienen las personas de estar protegidas por diferentes leyes, tanto ellos como sus derechos, y la tranquilidad de que, en caso de llevar a cabo un procedimiento legal, el mismo va a estar conforme a derecho, respetando el marco jurídico del país donde se encuentran. Lo que resulta con estas actividades, que no se encuentran reguladas hoy en día, tales como la fecundación post mortem, es que son llevadas a procesos judiciales, por ello, es que es de suma importancia que se realice una ley que trate estos tratamientos, o bien modificar la Ley 26.862 ya vigente de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y el Código Civil y Comercial de la Nación, sumando estas prácticas.

A lo largo del presente trabajo, se ha podido ver, como hay un interés constante en regular la FPM, pero la realidad que nos atraviesa, es que estos proyectos no han sido llevados a cabo, en parte por las diferentes posturas que se generan en la doctrina, y en parte por la opinión de la Iglesia Católica, a la cual nuestro país tiene en consideración.

La realidad es que son prácticas que se llevan a cabo, ya desde hace varios años, porque al no estar prohibidas, se realizan, pero de haber una legislación, se evitarían que muchas personas deban ir a los estrados para solicitar autorización correspondiente, salvo en casos que sea necesaria la misma. Y en consecuencia de esto, se liberaría a los juzgados civiles y de familia de muchos casos, que podrían resolverse de otra manera, dando mayor celeridad y economía procesal.

ANEXO: LOS MAESTROS DEL DERECHO

A lo largo del presente trabajo, pudimos observar la necesidad de respetar el deseo de formar una familia y de tener descendencia, siempre que este deseo no esté en contra del interés superior del niño. Al haber visto la conferencia "Comprender el Derecho" del Dr. Marcos Córdoba, Decano de nuestra facultad, entendemos que la familia no es solo el matrimonio, sino todos los lazos que formamos durante nuestra vida, los cuales están sujetos a la solidaridad. Afirma que "*la familia es el elemento donde se mueve el sujeto para adquirir los atributos necesarios, como para poder desenvolverse por sí mismo y a título propio*"[81]

En esta misma conferencia, él entiende que, conforme a nuestra Constitución Nacional, "*las cuestiones privadas de los hombres quedan reservadas a la conciencia de cada uno o la creencia, o la fe en alguna creencia superior*"[82]

Por otro lado, El Dr. Marcos Córdoba, quien también fue Jurista convocado para la elaboración del nuevo código, ha realizado una explicación de las normas contenidas en él[83], y la solidaridad nombrada precedentemente, es un principio fundamental, un elemento que debe estar presente en todas las relaciones (ponerse en el lugar del otro), junto con la Buena Fe, y el respeto por la dignidad humana, respetando los Derechos Humanos.

Por último, también partiendo de una Conferencia de los Maestros del Derecho, en este caso en palabras de Carlos Cassagne[84], voy a hablar de la "*declinación de la ley como centro del sistema*"[85], proceso que se viene dando hace ya varios años, a partir de la globalización, donde los Pactos Internacionales, y las relaciones que de ellos derivan, tanto en Europa como en América, han dado un lugar primordial al derecho universal, por sobre el derecho nacional. En nuestro país, este proceso se ve reflejado en la reforma de la

[81] Dr. Córdoba, Marcos, Conferencia Comprender el Derecho, 15/12/14
[82] Dr. Córdoba, Marcos, Conferencia Comprender el Derecho, 15/12/14
[83] https://www.youtube.com/watch?v=TW6ciPntJi0&list=TLPQMjAwODIwMjQxqRZqJHAUA&index=2
[84] Reconocido jurista argentino especializado en derecho administrativo, quien se incorporó como Profesor Honorario de nuestra casa de estudios en 2014.
[85] Cassagne, Carlos. Conferencia Maestros del Derecho, 14/04/2014

Constitución Nacional de 1994, donde se les atribuye jerarquía supralegal a los tratados internacionales.

En la actualidad, se ha visto al juez como un creador de derecho, esto ocurre cuando el ordenamiento no es pleno, y hay lagunas en el derecho (como es el caso de la FPM), donde el juez debe ponderar valores y principios cuando la solución de la ley no es clara.

Él afirma que el derecho está "atado a la moral", y los principios del derecho están por encima de las demás fuentes, donde la dignidad humana es el centro del Constitucionalismo. Como consecuencia de esta actualización en materia jurídica, se puede ver "la modificación de los juristas que han aceptado el papel creador del juez y la supremacía de los Principios generales sobre las normas del Derecho Positivo".[86]

[86] Cassagne, Carlos. Conferencia Maestros del Derecho, 14/04/2014

BIBLIOGRAFÍA

Alterini, Jorge H. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Tomo III* 2ª ed. Ed. La Ley. 2016.

Basset, Úrsula C. *El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial*. ED. LA LEY. 2015

Basset, Ursula, *Incidencia en el derecho de familia del Proyecto de Código con media sanción.*

Bedrossian, Gabriel. *Fertilización post mortem: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo. Revista de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética.*

Bossert, Gustavo, Zannoni, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia. 7ma ed*. Ed. Astrea. 2016.

Carranza Casares, Carlos, Herrera, Marisa, *La fecundación "post-mortem" y su incidencia en el derecho de la filiación*, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2002

Chechille, Ana M, *Derecho de Familia conforme al nuevo CCCN*, 1ra Ed, Abeledo Perrot, CABA, 2015

Clínica de Fertilidad y Medicina Reproductiva | In Vitro Buenos Aires

Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario | RAE - ASALE

Famá, María Victoria. *Capacidad para suceder y filiación post mortem mediante técnicas de reproducción humana asistida*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2017

Famá, María Victoria. *Filiación Por Naturaleza Y Por Técnicas De Reproducción Humana Asistida.* Ed. La Ley. 2017

Famá, María, *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Ed. La Ley. Bs.As. 2012.

Font, Martin, *Guía de Estudio de Familia*, 12ª ed., CABA., Ed. Estudio. 2016

Galli Fiant, María Magdalena. *Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio*. 2017

Gil Domínguez, Andrés, *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico.* Ed. Ediar, Bs. As, 2014.

Graham, Marisa, Herrera, Marisa, *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia.* Ed. Infojus. 2014

Herrera, Marisa, *El consentimiento informado prestado desde el más allá y presumido en el más acá. A raíz de un resonado fallo sobre filiación post mortem*, Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 14. 2016

Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias, 1ra ed*. Ed. Abeledo Perrot. 2015

Herrera, Marisa, *Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*; Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Departamento de Investigaciones; Revista IUS. 2017

Hidalgo, Soraya, *Los derechos sucesorios del hijo póstumo en la inseminación post Mortem*, Revista El Derecho. 1993 https://uai.edu.ar/facultades/derecho-y-ciencias-pol%C3%ADticas/comprender-elderecho/maestros-del-derecho/

https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35 https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con

https://www.diputados.gov.ar/diputados/mbrawer/proyecto.html?exp=1608-D-2023

https://www.eldial.com/ https://www.saij.gob.ar

https://www.unidiversidad.com.ar/fecundacion-post-mortem-nueve-fallos-autorizaronla-tecnica-en-los-ultimos-12-anos-en-la-argentina

https://www.youtube.com/watch?v=tSpTri8AllI&list=TLPQMjAwODIwMjQxqRZqJHAUA&index=1 https://www.youtube.com/watch?v=TW6ciPntJi0

https://www.youtube.com/watch?v=xhx_FKbo92c&list=PLAqOQVoyDDlzSYubxDkGHIsMB_ez7Xo6-&index=23

Jiménez Muñoz, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, 2012.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. Herrera, Marisa. Lamm, Eleonora, *"Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima"* art. Publicado en 2014

Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora; *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*; Ministerio de Justicia de la Nación; Revista de Derecho Privado. 2012

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed.*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. *Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético.* Buenos Aires. Ed- Depalma. 1995

Marcos M. Córdoba, Galli Fiantm M. Magdalena, *Tratado de la Familia*, Ed. La Ley. 2020

Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Ed. Astrea. 1989

Pérez, Agustina, *Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mórtem ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016

Rodríguez Iturburu, Mariana, *Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN*

Salituri Amezcua, María. *Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem*. 2017

Sambrizzi, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia Tomo IV, 2ª ed*., Bs. As., Ed. La Ley. 2018

Solari Néstor, *Derecho de las Familias, 2da ed*. CABA, Ed. La Ley, 2017

www.gazzettaufficial.it

www.informacionlegal.com.ar www.samer.org.ar

ZABALETA, Daniela B., *"Transferencia de embriones crioconservados luego de la muerte del padre: Fallo judicial sobre su cobertura"*, Revista de derecho y de familia de las personas. 2016

Zannoni, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Bs. As. Ed. Astrea. 1978

LEYES Y TRATADOS

Constitución Italiana

Constitución Nacional Argentina

Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley 14/2006 España

Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 35/1988 España

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

FALLO “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social – SEMPRE s/amparo”

FALLO “Artavia Murillo y Otros (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) vs. Costa Rica”.

FALLO “Forneron e hija vs. Argentina”

FALLO “G. A. P. s/ autorización sentencia del 21 noviembre del 2011”.

FALLO “N. O. C. P. s/ autorización” Cita: TR LALEY AR/JUR/32492/2016

APROBACIÓN DEL TUTOR

En la Ciudad de Buenos Aires, al día 18 del mes de Diciembre de 2023

En mi carácter de Tutor del Trabajo Final presentado por la alumna FLORENCIA EBERLE titulado: **"LA FALTA DE LEGISLACIÓN EN ARGENTINA DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM"**manifiesto que el trabajo ha sido confeccionado bajo mi supervisión considerando que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para su presentación y evaluación.

Sin otro particular, Saludo Atte.-

Profesor Miceli, Carlos

Escaneado con CamScanner