TRABAJO FINAL PRACTICA PROFESIONAL SUPERVISADA E INTEGRACION DE CONOCIMIENTOS

Título del trabajo: Fertilización post mórtem

Institución: Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA)

Asignatura: Trabajo Final Práctica Profesional Supervisada e Integración de Conocimientos

Carrera: Abogacía

Alumna: Delgado Latreite Martina

Tutor: Dr. Gustavo Orlando Astrada

Fecha de presentación: 09/12/2020

ÍNDICE

RESUMEN 3
INTRODUCCIÓN 4
1. TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA 9
1. 1. CUESTIONES GENERALES 9
1. 2. ANTECEDENTES 11
1. 3. PROBLEMATICAS 14
2. REGULACION ACTUAL DE LAS TRHA 16
1. 1. LEY 26.862 16
1. 2. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL 17
3. FECUNDACION POST MORTEM 23
3. 1. DEFINICIONES 23
3. 2. CLASIFICACIONES 25
3. 3 DERECHO COMPARADO 28
3. 4 ANTECEDENTES: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA 30
3. 5 REGULACION ACTUAL 47
3. 6 CONSIDERACIONES IMPORTANTES: POSTURAS DOCTRINARIAS 51
3. 7 EFECTOS EN DERECHO SUCESORIO Y FILIATORIO 61
CONCLUSION 69
BIBLIOGRAFIA 74
ANEXOS 79
ANEXO 1 79
ANEXO 2 92

RESUMEN

En el presente Trabajo Final se analiza la figura, que, en este último tiempo se ha convertido en una de las problemáticas relevantes surgidas como consecuencia del avance de la ciencia, conocida como la Fecundación Post Mórtem (en adelante FPM) con sus características, críticas y posibles clasificaciones propiciadas por la doctrina, además de sus requisitos temporales y de consentimiento, a la luz de lo regulado por el Código Civil y Comercial (en adelante CCC) en lo referente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) y por la ley 26.862 sobre Reproducción Medicamente Asistida.

El presente además proporciona un estudio de la relación entre el tema elegido y su incidencia sobre los derechos sucesorios y filiatorios.

A su vez, tiene como objeto observar la influencia del mismo sobre el derecho comparado y la jurisprudencia tanto nacional como internacional.

Por último, se lleva a cabo un análisis en profundidad sobre la situación desde el punto de vista legislativo de la figura y sus antecedentes.

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de los avances modernos de la ciencia y la tecnología, ocurridos desde mediados del siglo pasado, principalmente en el campo de la genética, biomedicina y biotecnología, se ha producido el desarrollo de técnicas de procreación disociada del acto sexual entre dos personas heterosexuales, conocidas como TRHA.

Ello conlleva a una necesidad de repensar las normas que reglan los efectos de la reproducción, que hasta el momento solo se consideraba asociada al vinculo biológico (matrimonial o extramatrimonial) o a la adopción (incluida a partir de 1997, sin perjuicio de las normas complementarias anteriores, pudiendo esta ser simple, plena o de integración).

A raíz de los efectos producidos por la posibilidad latente de la utilización de estas nuevas técnicas, el CCC en 2015, toma una postura coincidente con el resto del cuerpo normativo, optando por regular como una de las causas de las fuentes filiales con reglas propias a las TRHA, concordante con los fundamentos expuestos tendientes al reconocimiento de las familias, que hasta el momento solo obtenía aceptación jurisprudencial en tenor con lo establecido por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.
Dicha regulación, si bien se encuentra armonizada a lo largo del cuerpo normativo, puede hallarse específicamente desde el artículo 558 al 575, referente a la filiación, la cual, prima facie destaca reglas generales que ponen de resalto uno de los principios fundamentales como es la igualdad entre, en este caso, los distintos tipos de fuente filiatoria.
A posteriori, detalla cuestiones meramente referentes a las TRHA en lo atinente a la filiación, denominándola filiación por voluntad procreacional, donde se determina primordialmente que el vínculo filiatorio se establece por el consentimiento previo, libre e informado, siendo este entonces uno de los requisitos fundamentales para la constitución de estas técnicas. Luego de ello establece cuestiones particulares sobre las mismas.

No obstante, lo expuesto, la regulación mencionada anteriormente resulta mínima, creando así controversias prácticas que dan lugar a la constitución de jurisprudencia, la cual se analiza en el presente trabajo con profundidad.

Debemos advertir que anterior a la reforma del CCC las TRHA eran receptadas por la ley 26.862, sancionada en 2013, de Reproducción Médica Asistida, la cual las define a como "*procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo*" (art 2).

En lo atinente al tema sobre el cual versa el presente trabajo, la FPM constituye un supuesto especial de TRHA, caracterizada por llevarse a cabo luego de la muerte de uno de los miembros de la pareja.

En consonancia con lo expuesto, y la referencia a la mínima regulación legislativa referente a las TRHA, encontramos una limitación para describir este instituto, que constituye un vacío legal, lo cual no significa que dicha técnica no sea llevada a cabo.

Existen varias sentencias judiciales y artículos de doctrina que buscan darle un marco de aplicación, cuestión que ha sido reincidente no solo en el presente instituto sino en otros tipos de TRHA, prácticas que no se encuentran, en realidad, ni prohibidas ni permitidas en la legislación argentina.

Además, si bien hay una ley referente a las TRHA lo cierto es que ella no apunta específica y expresamente a la FPM.

El instituto de la FPM ha sido receptado en la legislación de diferentes países, optando en este caso por regular las condiciones y reglas de la misma, y prohibido expresamente en otros, existiendo otro grupo de países que han guardado silencio sobre estas técnicas, entre los cuales se encuentra nuestro país.

Ello genera una necesidad de suplir la falta de legislación, apelando a la interpretación judicial, como se dijo anteriormente, en los casos específicos, dándole total discrecionalidad al juez a la hora de fallar.

Esto se ha hecho, fundamentalmente, en base al artículo 19 de la Constitución Nacional, más conocido como el principio de legalidad, según el cual "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de lo que ella no prohíbe" y lo plasmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Artavia Murillo".

Por lo dicho ut supra, se analiza en el presente trabajo el derecho comparado y la posición legislativa en la que se encuentra nuestro país en lo referente a las TRHA y la FPM.

Cabe resaltar que, se intentó modificar la situación anteriormente descripta, mediante un proyecto de ley (2020) sobre la FPM, propuesto por Álvarez Rodríguez; Macha; Estévez y otros, que atiende a las reglas y límites para efectuar la misma y sus efectos sobre el derecho sucesorio, supeditado a aprobación, el cual es analizado en profundidad, junto con sus fundamentos.

Otra cuestión que merece especial mención es en materia sucesoria.
El artículo 2279 del CCC establece en su inciso "c" que pueden suceder al causante "*las personas nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561*" (que refiere a las formas y requisitos del consentimiento informado).
El presente artículo ha generado controversias dividiendo a la doctrina y la jurisprudencia en dos grandes grupos. Por un lado, aquellos que admiten que el artículo precedente podría referirse al instituto de la FPM, facultando entonces al niño por nacer de derechos sucesorios de su progenitor fallecido, y por el otro, quienes sostienen que en realidad no podría concedérsele derechos sucesorios. Esta divergencia de criterios justifica el análisis en profundidad de dicha cuestión.

Por último, se estudia la filiación en las TRHA, la cual el CCC ha optado por regular, y cuáles son los efectos que esta produce en la FPM.

Por lo dicho ut supra el Trabajo Final de la cátedra Práctica Profesional Supervisada e Integración de Conocimientos tiene entonces por finalidad realizar un aporte teórico sobre un instituto que, si bien sufre de un vacío legal en nuestro país, ha tenido un fuerte avance jurisprudencial y doctrinario. Dicho aporte, como se mencionó anteriormente, se hará de manera integradora con el derecho sucesorio.

Los interrogantes que surgen como planteo del problema del presente trabajo son los siguientes:

La legislación que regula las TRHA, ¿Resulta suficiente a los fines de contemplar los supuestos de FPM?
¿Se les reconoce los derechos sucesorios a las personas nacidas mediante la FPM?
¿Cuáles son los antecedentes jurisprudenciales de nuestro país en relación a la FPM?

En síntesis, el interés por la FPM como objeto de estudio, se debe a la problemática de la escasez legislativa y a la multiplicidad de situaciones presentadas como consecuencia de las TRHA. También a las numerosas críticas y posturas doctrinarias y jurisprudenciales que se han adoptado sobre el tema y que han despertado un importante interés bioético, mediático y doctrinario.

Teniendo en cuenta que hay distintos supuestos sobre el mismo instituto se analiza solo el caso de una pareja heterosexual en la que fallece el hombre, caso más frecuente en nuestra jurisprudencia, sin abarcar la cuestión atinente a la gestación por sustitución. Además, solo se trata el caso de TRHA homólogas, es decir, cuando el material genético que se utiliza pertenece a quienes conforman la pareja.

Por último, cabe destacar que este Trabajo Final está orientado a dar respuesta a la siguiente hipótesis **"La Fecundación Post Mortem requiere una legislación específica, que regule los diversos supuestos que pueden suscitarse mediante la aplicación de las TRHA, como así también los efectos jurídicos derivados de su implementación"**.

Ello se hará en el marco de los objetivos planteados:

- Objetivo general:

Analizar el instituto de la Fecundación Post Mortem sobre la base de aportes doctrinarios.

- Objetivos especiales:

Analizar la jurisprudencia en el ámbito nacional e internacional

Analizar la figura a la luz del derecho comparado

Analizar la legislación vigente en relación a las TRHA, los antecedentes y proyectos propuestos referidos a la FPM

DESARROLLO

1. TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1. 1. CUESTIONES GENERALES

Para comenzar, resulta de interés definir y caracterizar a las TRHA debido a que el instituto objeto del presente trabajo es una técnica surgida de las mismas. Es decir, se realiza el estudio de una especie (FPM) del género TRHA.

La definición de las TRHA no surge del CCC sino de la ley nacional 26.862 sancionada en 2013 y reglamentada el mismo año por el decreto 956.
El artículo 2, como ya se mencionó anteriormente, se encarga de definirla y clasificarlas según su complejidad.
Así son definidas las mismas como "procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo".
No obstante, también fueron definidas por la doctrina, verbigracia Chechile (2015), las define como:
"el conjunto de procedimientos mediante los cuales se intenta acercar, a través de la ciencia, el espermatozoide al óvulo, y de esta manera lograr el embarazo.

Partiendo de dichas definiciones cabe destacar sus caracteres fundamentales:

- Reproducción humana (porque también existe en la especie vegetal y animal)
- Asistida (no artificial, porque la concepción se produce naturalmente, aunque con la colaboración de la ciencia)." (p. 384)

A su vez, estas pueden clasificarse teniendo en cuenta diferentes criterios.
En primer lugar, según la mayor o menor complejidad de la técnica, pueden dividirse en dos grandes grupos, técnicas de baja y alta complejidad.
En segundo lugar, según se utilice material genético de la propia pareja o de un tercero –

donante, que puede ser anónimo o conocido–, es decir, según se trate de fertilización homóloga en el primer supuesto o heteróloga, en el segundo.

Respecto a la primera clasificación, como lo expone Galli Fiant M. M (2017):

"se consideran de baja complejidad las que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se denominan técnicas de alta complejidad aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos." (p.1)

Sin perjuicio de distinciones más específicas desde el punto de vista médico, las técnicas más utilizadas dentro de las TRHA de alta y baja complejidad, en palabras de Medina y Roveda (2016), son:

a) "Inseminación Artificial (baja complejidad): Es el método más antiguo, más sencillo y menos costoso, y se define como el depósito de semen en forma no natural (mediante un catéter) en el tracto genital femenino con la finalidad de conseguir una gestación, sea con el semen del cónyuge o su pareja (IAC, llamada también "homóloga" o "endógena"), o con semen de dador (IAD, denominada "heteróloga" o "exógena"). Se produce así la fecundación y el embrión se forma en el ambiente natural.
Esta técnica ha adquirido relevancia por la creación de los llamados "bancos" de semen, donde se lo mantiene congelado a –196°, y se lo descongela sin perder su capacidad fecundante.

b) Fecundación "in vitro" (FIV) (alta complejidad): La fecundación in vitro es una técnica que permite fecundar un óvulo con un espermatozoide fuera del útero.
(…) El proceso implica controlar el proceso hormonal ovulatorio, para extraer uno o varios ovocitos de los ovarios maternos, y permitir que sean fecundados por espermatozoides en un

medio líquido. El ovocito así fecundado puede entonces ser transferido al útero de la mujer, en vistas a que anide en el útero y continúe su desarrollo hasta el parto.

(…) Para lograr la FIV se parte de la estimulación ovárica de la mujer y normalmente del congelamiento de semen. El proceso genera múltiples complicaciones sobre todo para la mujer y la tasa de éxito es relativamente baja, lo que obliga a repetir la técnica.

Para evitar las complicaciones que genera la estimulación ovárica y todo el proceso de fecundación fuera del útero, normalmente se crean más embriones de los que se van a utilizar y éstos son "congelados" a la espera del resultado de la primera implantación.

En la práctica los embriones sobrantes se mantienen en nitrógeno líquido congelados. La ventaja es que los pacientes que no consiguen concebir tras el primer ciclo pueden reintentarlo utilizando los embriones congelados, sin tener que realizar de nuevo un ciclo de FIV completo: sólo tendrían que realizar la transferencia de dichos embriones, sin pasar de nuevo por la estimulación, la extracción y la fecundación. O, en el caso de pacientes que consiguen un embarazo, pueden mantenerlos para un segundo embarazo posterior.

Los embriones no utilizados procedentes de FIV pueden donarse para reproducción o para investigar con ellos (…)." (p. 511)

Por último, cabe poner de resalto, que como requisito para llevar a cabo estas técnicas deberán, quienes se sometan, prestar consentimiento previo, libre e informado, característica esencial de las TRHA, definido el mismo como "la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada"[1].

1. 2. ANTECEDENTES

Hasta casi el final del siglo XX, las personas con problemas de fertilidad debían resignarse o acudir a la adopción si deseaban formar una familia.

[1]Conf. art. 5 de la ley 26.529 de "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud" sancionada por el parlamento argentino en el año 2009 y reafirmada en el art. 59 del Código Civil y Comercial.

Nos encontrábamos en una sociedad donde la procreación únicamente era admitida si se llevaba a cabo a través de un acto sexual entre personas de distinto sexo, única procreación reconocida en nuestra legislación.

El primer embarazo conseguido mediante FIV con un ovocito humano fue logrado por los doctores Steptoe y Ed Zards en 1976, que resultó en el nacimiento de Louise Brozn el 25 de julio de 1978 en Oldeham and District General Hospital de Láncashire, cerca de Mánchester (Reino Unido). Este acontecimiento fue tan importante que Zards recibió el Premio Nobel de Fisiología y Medicina en el año 2010 por el desarrollo de la fecundación in vitro.
El procedimiento consistió en extraer un óvulo de la paciente y se realizó la unión con el espermatozoide en una placa en el laboratorio. El embrión fecundado se dividió hasta cuatro células y se volvió a implantar en la madre.
El éxito de esta primera FIV abrió las puertas a todo el conjunto de técnicas que hoy conocemos como reproducción asistida.

En el XXVIII Congreso Anual de la Sociedad Europea de Medicina Reproductiva llevado a cabo en Estambul entre el 1 y 4 de julio del 2012 se afirmó que hasta ese momento habían nacido más de cinco millones de niños en el mundo por el uso de estas técnicas.

No obstante estar este instituto presente en la práctica la legislación vigente no lo reconoció hasta el 2010.
Como consecuencia de llevarse a cabo a pesar, se insiste, de no ser reconocidas en el cuerpo legal, nace una ola jurisprudencial tendiente al reconocimiento de la cobertura social, razón por la cual surge en 2010 en la provincia de Buenos Aires la primera regulación de las mismas a través de una ley según la cual las obras sociales y las prepagas cubren tratamientos de TRHA, ley número 14.208.

Esta norma considera a la infertilidad como una enfermedad, definiéndola en su artículo 2 como "La infertilidad es la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa. A su vez, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia

médica para la consecución de un embarazo" y permite acceder a las TRHA a las parejas que la padezcan.

A su vez, obliga al Estado a afrontar los costos de los tratamientos para quienes carezcan de cobertura social, y sólo se aplicaba, en principio, para la fertilización homóloga.

Luego es modificada por la ley 14611 la cual introduce como reforma fundamental la cobertura a las TRHA ya sean homólogas o heterónomas disponiendo entonces que "se reconoce la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la Autoridad de Aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios."

El 5 de junio de 2013 se sanciona la Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida 26.862 cuya finalidad es garantizar el acceso a las TRHA, es reglamentada el mismo año por el decreto 956, la cual es analizada con posterioridad.

Por otro lado, en 2012 se crea el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial el cual introduce cambios en el Derecho de familia, destacándose los que refieren al instituto de la filiación en sus tres fuentes. El resultado que se visualiza en la norma se armoniza con los cambios introducidos en la Constitución Nacional con la reforma en el año 1994, y como consecuencia de la Constitucionalización del Derecho de Familia.

A posteriori entonces es sancionado el nuevo Código Civil y Comercial el cual se encarga de adecuar la legislación interna a la normativa internacional, regulando única y expresamente lo relativo a la determinación de la filiación en las familias que acuden a estas técnicas.

1. 3. PROBLEMATICAS

Estas técnicas han generado grandes controversias.

1) Una de ellas es la determinación de la naturaleza jurídica del embrión creado como consecuencia de una TRHA.

Partimos desde la base de que los óvulos y los espermatozoides son células sexuales reproductivas maduras, de constitución cromosómica, capaz de fusionarse con otra célula de similar origen, pero de sexo opuesto, para dar lugar al cigoto y en este caso no hay ningún tipo de duda sobre la inexistencia de "personas".
Luego, ya durante los primeros estadios hasta los tres meses de desarrollo del embarazo hablamos del organismo llamado embrión y a partir de los 3 meses, es decir, de la novena semana, el embrión pasa a denominarse feto.

Como ya se mencionó, hay una práctica muy usual utilizada con los gametos y los embriones que es la conservación de los mismos en nitrógeno líquido llevando a cabo lo que se conoce como "criopreservación".

El art. 19 del Código Civil y Comercial establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción.
El problema está en que el proyecto originario, en el artículo anteriormente mencionado, reformado luego por el Senado, disponía que la existencia de la persona humana comenzaba con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de la protección que le brinde la legislación especial al embrión no implantado.

Fue un artículo muy discutido, y finalmente se lo modificó, aunque la disposición transitoria novena establece que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.

Como consecuencia de ello, surgen dos grandes posturas doctrinarias y sociales sobre el tema: la que considera que el embrión no implantado es persona y la que lo niega.

No obstante las distintas posturas, vale aclarar que la CIDH se manifestó en el fallo "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica" (para mayor profundización ver ANEXO I) respecto del embrión, que coincide con la postura originaria del Código unificado, estableciendo así que "El embrión no puede ser entendido como persona a efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos 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".

Respecto de la concepción la Corte Interamericana esgrime: "(...) A efectos de la interpretación del término 'concepción' -art. 4 de la CADH–, la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación y sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción, pues, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un 'ser humano', lo cierto es que si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas, es decir, no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...)".

No obstante, otros autores sostienen una postura diferente, como Ferrer (2018) quien expone:

“Hay que diferenciar la utilización de gametos y transferencia de embriones ya que no tienen la misma naturaleza biológica: en los embriones ya existe el principio de persona humana que falta en los gametos. En los espermatozoides y en los óvulos, considerados en su singularidad y separadamente, no hay vida humana, la cual solo comienza a existir una vez que se fusionan” (p.1)

Claramente puede dilucidarse su postura a favor de que el embrión, a diferencia de como lo dijo la Corte Interamericana de Justicia, si es persona, independientemente de si se llevó o no a cabo la implantación. No obstante, constituye la posición doctrinaria minoritaria.

A contrario sensu, el gameto, en coincidencia con el resto de la doctrina, no es persona.

2) Otro interrogante es si se admite o no la multiparentalidad, que, si bien esta ha sido rechazada por el CCC, lo cierto es que fue acogida en la realidad social.
   Se ha dado jurisprudencia que acepta la multiparentalidad, es decir, reconoce una triple filiación a pesar de esto no coincidir con la mención expresa del CCC el cual determina que "*ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales*" (artículo 558)

3) Por último, otro de los interrogantes que han surgido, y que en este caso particularmente es de manifiesto interés, es si todas las TRHA están permitidas o prohibidas y si deben ser reguladas. Dentro de ello se presenta el tema a tratar como es la FPM.

2. REGULACION ACTUAL DE LAS TRHA

1. 1. LEY 26.862

Como ya se adelantó ut supra, el 5 de junio de 2013 se sanciona la Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida 26.862, de orden público, que cuenta con 12 artículos, cuyo objeto primordial es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medica asistida, sean homólogas o heterólogas, a toda persona capaz, mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

A su vez, debe tenerse en cuenta que establece como requisito que los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con las reglas que determine la autoridad de aplicación.

Regula la obligación de las obras sociales y prepagas de cubrir los tratamientos y no menciona a la infertilidad como requisito previo.

Establece que la autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud de la Nación el cual deberá proveer anualmente la correspondiente asignación presupuestaria y establece las funciones de la misma.

El 19 de julio de 2013 se dicta el dec. 956 que reglamenta la mencionada ley nacional. Ambas continúan en vigencia y con plena aplicación.

En cuanto a la composición de la ley está constituida por 12 artículos no tratándose de una ley sumamente expresa (VER ANEXO 2)

1. 2. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

La ley 26.994 comenzó a regir a partir del 1 de agosto de 2015. Como ya se mencionó, las TRHA no tenían lugar en el Código Civil hasta la sanción del CCC. Este último opta por regular a las TRHA a través de la incorporación de las mismas como una causa fuente filiatoria.

Dicha regulación resulta lógica ya que el cuerpo normativo pasa a regular a todos sus institutos en función de la protección de la persona y sus derechos en el marco de la dinámica familiar y social, enfoque asociado al Derecho Constitucional.

La protección enfocada la persona es entonces lo que genera un Derecho de Familia más humano y respetuoso de los principios de tolerancia, diversidad, igualdad y participación. Es una protección destinada a una persona entendiendo que esta es miembro de un tipo de familia que se integra a la multiplicidad de formas que actualmente coexisten en la sociedad. Esta idea de pluralidad de formas de vivir en familia, conduce a referir a un Derecho de las Familias en reemplazo del término tradicional Derecho de Familia.

Es necesario adentrarse en el instituto de la filiación comenzando por brindar una definición. Si bien este instituto ha recibido numerosas definiciones muchas de ellas constituyen meras aproximaciones como consecuencia de los constantes cambios médicos, tecnológicos y sociales.

Sin embargo, del análisis de las diferentes definiciones proporcionadas por la doctrina se puede expresar que la filiación es el vínculo jurídico que une a los hijos e hijas con sus padres y/o madres.

Prima facie parece relevante destacar que el Código Civil regulaba un solo tipo de filiación: la filiación por naturaleza o biológica, es decir, la derivada del acto sexual. Recién en el año 1948, al sancionarse la ley 13.252, se reconoció la filiación adoptiva.

No obstante, el CCC regula tres fuentes filiatorias, a partir del artículo 558, Libro Segundo, Titulo V, reconociendo la igualdad de efectos entre ambas:

1) Filiación por naturaleza (cuya causa fuente el vínculo biológico sexual);
2) Filiación por adopción (cuya causa fuente es la sentencia judicial, pudiendo ser plena o simple, según se extinga o no el vínculo con la familia de origen, o de integración, que permite emplazar al hijo del/la cónyuge o conviviente);
3) Filiación por TRHA.

Respecto a la filiación por TRHA permite determinar quiénes son los progenitores del niño que nace como consecuencia de estas técnicas y cuál es la relación entre quienes aportaron los gametos.

Estas se encuentran reguladas específicamente a partir del Capítulo 2, artículo 560 del CCC, previendo las reglas generales relativas a la filiación por TRHA.

Cabe destacar que para acudir a estas técnicas no es necesario tener ningún tipo de vínculo jurídico en particular, es decir, no es requisito preexistente la unión convivencial ni matrimonial, solo el deseo de procrearse.

Tampoco será necesario dar ningún tipo de explicación o motivo (v. gr. infertilidad) acerca de la decisión de acudir a las TRHA y no a la reproducción por métodos naturales, en armonía con lo dicho al referir a la ley que regula estas técnicas.

Prima facie, se puede citar el artículo 560 sobre consentimiento el cual reza "*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*". Cabe analizar con profundidad dicho artículo debido a que prevee el requisito fundamental para que pueda llevarse a cabo una técnica de reproducción humana asistida, como es el consentimiento libre, previo e informado, el cual constituye la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional. Así entonces, serán progenitores quienes prestaron el correspondiente consentimiento el cual deberá ser:

- Previo (expresado con anterioridad al inicio de las TRHA);
- Libre (que sea exteriorizado por el sujeto sin ninguna coacción ni presión de ningún tipo. Que haya ausencia de vicios del consentimiento);
- Informado (quienes se sometan a el uso de las TRHA deben comprender correctamente los alcances del uso de las mismas. Además, la información proporcionada por el profesional debe ser clara, precisa y adecuada a la capacidad de compresión de la persona que quiere someterse a las TRHA);
- Actual ("renovarse cada vez que se produce la utilización de los gametos o embriones").

En consonancia con lo expuesto ut supra, el consentimiento debe recabarse en el centro de salud interviniente, es decir, en el establecimiento médico especializado debidamente inscripto, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862 que crea un registro (artículos 4 y 5), a los fines de que el Estado, a través de la autoridad de aplicación (el Ministerio de Salud), controle esta práctica médica de altísimo grado técnico y también de sofisticación por lo cual no cualquier centro médico estaría preparado para brindar este tipo de atención médica.
Este registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida funciona en el ámbito del REFES (Registro

Federal de Establecimiento de Salud) del Ministerio de Salud de la Nación (artículo 4, decreto 956/2013).

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

Este artículo determina en palabras sencillas que el consentimiento debe ser formal, la cual consiste en que el mismo sea expresado por escrito ("instrumentación").
Además, también debe ser protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. En este sentido, el Ministerio de Salud, en su carácter de autoridad de aplicación y sus pares en los ámbitos locales, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862, sería el organismo encargado de organizar cómo sería la protocolización que dispone la norma en análisis.

Por último, la disposición en comentario señala que la revocación del consentimiento puede ocurrir hasta que se produzca la concepción (en los casos de fertilización de baja complejidad) o la implantación del embrión en la persona (en los casos de fertilización de alta complejidad).

Como lo expone Medina y Roveda (2016), se puede destacar que los caracteres del consentimiento son:

1) "Escrito: No admite que la voluntad se exprese informalmente atento a la importancia que este tiene para determinar el vínculo jurídico filiatorio.
2) Protocolizado: el consentimiento debe ser protocolizado frente a escribano público. Esta exigencia tiende a dar seguridad a la voluntad procreacional.
3) Certificado: de no ser protocolizado puede ser certificado ante autoridad sanitaria correspondiente.
4) Previo: el consentimiento debe ser previo a la entrega de los gametos y también previo a todo proceso de inseminación o implantación y debe renovarse cada vez que se utilizan los gametos o embriones.

5) Informado: El consentimiento debe ser informado sobre los aspectos médicos y los aspectos legales y cumplir con lo establecido en la ley 26.529 y su decreto reglamentario. Concretamente, el consentimiento informado debe cumplir con lo establecido por el artículo 5 de la ley 26.529 que dice "*entendiéndose por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:*
a) su estado de salud;
b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetos perseguidos;
c) los beneficios esperados del procedimiento;
d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
f) las consecuentes previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados" (p.524)

Cabe hacer mención especial al artículo 5 de la ley 26.529 sobre Salud Pública donde aprueba la conducta de efectuar la declaración de voluntad a través de su representante legal. Si bien esto ha sido receptado en la ley lo cierto es que la jurisprudencia en coincidencia con la doctrina ha determinado, como se analiza más adelante, que el consentimiento para llevar a cabo una TRHA, y especialmente una FPM, no puede realizarse a través de un representante por ser este un acto personalísimo.

En tercer lugar, el artículo 562 referente a la voluntad procreacional dispone 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 artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*".

En este artículo se reafirma lo expuesto ut supra y la importancia de la voluntad procreacional la cual se manifiesta a través de la prestación de consentimiento previo, libre e informado, por sobre el dato genético, el cual deberá constituirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad

de las Personas, con independencia de si se utilizó material genético de un tercero o de la propia pareja.

Cabe destacar que dicho artículo sufre adaptaciones realizadas en torno al reconocimiento de "familias" mencionando, por un lado, "*del hombre o de la mujer*" que ha prestado su consentimiento, reconociendo así entonces a las parejas homosexuales en un carácter de igualdad con las heterosexuales, y por otro lado, en el término "*quien da a luz*", no refiriéndose a la "mujer", de manera neutra, acorde con la ley 26.743, de Identidad de Género, al no ser necesario realizar operación quirúrgica alguna, una persona que ha nacido mujer pero que se cambia su identidad al género masculino, y tiene un hijo, es el padre, y si estaba en pareja y también prestó el pertinente consentimiento previo, libre e informado, quedará también determinada la filiación con este miembro de la pareja que puede ser una mujer o un hombre.

En cuarto lugar, el artículo 563 dispone las reglas sobre el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida y describe que "*La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento*".

Respecto a esto, cabe hacer un análisis con el derecho de identidad de los nacidos por TRHA que ha sido objeto de numerosas críticas. Para ello creo correspondiente citar lo establecido por el Dr. Chechile (2015):

"La voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y en cambio, inspira el contenido de este derecho en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan a lo que se conoce como identidad en sentido dinámico (…) En esta línea argumental se ha dicho que el derecho a la identidad presenta una doble dimensión: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de "identificación" (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos) y, por eso, como regla, se construye sobre los datos físicos o si se quiere, materiales de una persona. La identidad en su faz dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural. El derecho a la identidad nuclea,

entonces, otros derechos que ostentan autonomía o entidad propia. Uno de ellos es el derecho a conocer los orígenes"

También es de consideración el interés superior del niño mencionado por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 3 de la ley 26.061, el cual puede definirse como la máxima satisfacción del derecho a la identidad del niño en sentido amplio (conf. arts. 7° y 8° de la CDN y arts. 11 y concs. de la ley 26.061) y de su derecho a crecer en familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (conf. preámbulo CDN).

Es necesario ahora determinar si el anonimato del dador de gametos vulnera estos derechos.

El hecho de que el donante de material genético sea anónimo no afecta el derecho a la identidad de las personas concebidas y nacidas por reproducción humana asistida, dado que la identidad biológica se resguarda mediante un legajo base que se confecciona con los datos del donante de gametos, que podrá ser utilizado, conforme lo prevé el artículo 564, por razones fundadas evaluadas por el juez o, sin requerimiento judicial, cuando sea relevante para la salud, lo cual de ninguna manera dará lugar al inicio de reclamo filiatorio alguno, en virtud de que no es lo mismo establecer lazos filiatorios (vínculo jurídico) que conocer el origen biológico (saber la verdad en cuanto al origen).

3. FECUNDACION POST MORTEM

3. 1. DEFINICIONES

Para comenzar el estudio de este instituto es necesario proporcionar una definición.
Resulta innegable que nuestra legislación vigente no brinda una definición legal, constituyendo un vacío que ha generado numerosas críticas y casos prácticos que para suplir dicha falta han acudido a la interpretación judicial de cada caso en particular, apelando a la discrecionalidad del juez.

Nos encontramos ante una figura que no se encuentra prohibida ni permitida en la legislación argentina, siendo que no existe una ley especial ni regulación en el CCC, lo cual, insisto, no quiere decir que no se realice en la realidad.

Volviendo al inicio, el presente trabajo se basará en el valioso aporte que la doctrina ha realizado al intentar definir a este instituto.

González Durán (2020) postula "la fertilización post mortem es una práctica médica que integra las técnicas de reproducción humana asistida que actualmente genera muchas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales" (p.1).

Por otro lado, De la Torre (2016) citada por Krasnow (2016) establece:

"La filiación post mortem en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida puede entenderse, cuando una mujer o un hombre mantienen la idea de continuar con la decisión del proyecto familiar a pesar del fallecimiento de su pareja —convivencial o matrimonial— fecundando un óvulo con el material genético (espermatozoide) de su pareja fallecida y/o transfiriendo un embrión que fuere crio preservado con gametos (ovocitos o espermatozoides) de la pareja —uno de ellos fallecidos— o mediante material genético donado..." (p. 10).

En palabras de Pérez Agustina (2014) ha sido definido como:

"La TRHA que tiene lugar ante la especial situación en la que uno de los cónyuges o convivientes fallece durante el proceso que estas técnicas implican. Consiste en la opción que tiene de continuar con el proyecto de familia que tenía con el otro luego de su fallecimiento" (p.1.).

Por otro lado, es preciso señalar, que el presente tema de estudio adquiere gran relevancia por involucrar diversos intereses que claramente exceden a los meramente patrimoniales.

Es importante destacar, por último, que, desde mediados del siglo XX, los avances tecnológicos y científicos sobre TRHA han permitido prácticas que antes eran impensadas, tal como aquellas que dan lugar a la FPM.

Actualmente ya no es condición sine qua non la concreción del acto sexual para concebir un hijo.

3. 2. CLASIFICACIONES

Parte de la doctrina se ha encargado de brindar una clasificación teniendo en cuenta distintas reglas.

Por un lado, teniendo como base el consentimiento, nos encontramos con Lafferriere (2018) quien expresa:

"Desde un punto de vista teórico, imaginando un caso simple de dos requirentes que recurren a sus propios gametos (homóloga), encontramos las siguientes hipótesis:
a) El fallecido no depositó sus gametos ni expresó ninguna voluntad.
b) El fallecido depositó sus gametos, pero a través de un mandatario o representante, sin dejar su voluntad en forma expresa.
c) El fallecido depositó sus gametos y dejó su voluntad en forma expresa.
d) El fallecido no depositó sus gametos, pero dejó su voluntad en forma expresa (extracción de gametos post mortem).
e) El fallecido depositó sus gametos, dejó su voluntad para su utilización en un testamento o expresión de última voluntad.
f) Los gametos del fallecido fueron utilizados para fecundar embriones, que permanecían criopreservados al momento del fallecimiento del requirente. Este supuesto, que podría variar según el fallecido haya o no dejado expresada su voluntad para la transferencia de los embriones, sería distinto a todos los anteriores, pues aquí ya nos encontramos con embriones concebidos, y, por tanto, con personas por nacer en los términos del art. 19 CCC. (p.1)"

Puede verse como Laferriere, en armonía con lo expuesto por Ferrer en el punto 1.3 (PROBLEMÁTICAS), considera que el embrión es persona a pesar de no haber sido implantado como lo exige la CIDH.

Por otro lado, Ferrer (2018) ha clasificado a la FPM según la modalidad, disponiendo:

"La aplicación post mortem de las técnicas médicas de reproducción humana asistida presenta dos supuestos distintos: la utilización de gametos y la transferencia de embriones, puesto que ambos no tienen la misma naturaleza biológica: en los embriones ya existe el principio de una persona humana, que falta en los gametos.

En los espermatozoides y en los óvulos, considerados en su singularidad y separadamente, no hay vida humana, la cual sólo comienza a existir una vez que se fusionan, por lo tanto, la solución debe ser diferente. Entonces tenemos:

I. La inseminación post mortem de la mujer cuyo semen se hallaba depositado y congelado en la clínica o banco de semen:

Después del fallecimiento de su marido o compañero, cuyo semen se hallaba depositado y congelado en la clínica o banco de semen, procedimiento que es predominantemente descalificado en la doctrina comparada, por el mismo motivo de crearse intencionalmente un niño programado huérfano de antemano, imponiéndole un padre de ultratumba, lo cual constituye una aplicación desviada de la finalidad propia de las técnicas y además tiende a satisfacer un deseo egoísta: del hombre que se quiere perpetuar, o de la mujer que quiere atenuar el sufrimiento de un duelo o revivir la imagen del marido o compañero desaparecido, y todo prescindiendo del interés superior del nacido de esta manipulación, por lo cual se considera que no resulta ni jurídica ni humanamente aceptable. Con esta práctica se olvida completamente la persona del niño y sus derechos (…) La comparación con la adopción no es acertada, pues en la adopción ya tenemos un niño existente, huérfano o abandonado por sus padres y necesitado de un contexto familiar, por el contrario, en este caso el niño no existe, sino, se lo hace nacer deliberadamente sin padre (…).

II. Fecundación post mortem de la mujer con semen extraído compulsivamente del marido o conviviente fallecido:

Otra variante de la inseminación post mortem se da cuando el hombre fallece imprevistamente y la mujer, en su ansiedad por tener un hijo de su esposo o compañero, contrata un médico para que le extraiga semen de los testículos, y luego se hace inseminar. Esta práctica sobre un cadáver es rechazada por la generalidad de los autores que se han ocupado del tema, porque no hay autorización del marido para que se proceda de ese modo con su cuerpo; se prescinde de su voluntad procreacional y se dispone de su semen, que es un bien de la personalidad porque genera vida humana y transmite el patrimonio genético de la persona de quien proviene,

violando además la máxima intimidad del hombre fallecido; se manipula un cadáver sin que exista un interés público ligado a una investigación de la justicia sin que se trate de la extracción de elementos del cuerpo para un trasplante, únicos supuestos en que estaría legitimada la intervención en el cadáver; y finalmente sólo se tiende a satisfacer la ansiedad y deseo de una mujer, sin que se pueda descartar la eventual presencia de apetencias patrimoniales al crear un heredero apto para desplazar a otros, sin atender en ningún caso al interés del hijo que se quiere crear. Además, no se puede aplicar por analogía la normativa de los trasplantes, porque el semen no puede ser asimilado a ninguna de las otras partes o productos del cuerpo, pues se trata de un elemento que genera vida humana y transmite el patrimonio genético de la persona de quien proviene, o sea se trata de un bien de la personalidad (…).

III. Implantación del embrión en la mujer después del fallecimiento de su marido o conviviente: En este caso el proyecto procreativo ha sido llevado conjuntamente por ambos cónyuges o integrantes de una pareja heterosexual, prestando su consentimiento previo e informado, viviendo ambos. Han aportado sus gametos, se produjo la fecundación extrauterina del óvulo, y el embrión se ha formado en probeta, pero fallece el hombre antes de la transferencia al útero materno" (p.1/2).

Con esta última clasificación coincide Salituri Amezcua (2017) quien ha dicho que: "puede ser que la técnica se realice con un embrión crioconservado de la pareja, generado durante la vida de ambos, o bien que el embrión sea generado también post mortem con material genético criopreservados del fallecido/a u obtenido a través de la extracción de su cadáver" (p. 1).

No obstante lo expuesto, cabe resaltar que hay una diferencia entre la clasificación dada por Salituri y Ferrer, ya que la primera incluye la generación del embrión post mortem con material genético criopreservado de la fallecida ("fallecido/a").

Vale la pena mencionar esta diferencia porque Salituri incluye a otro instituto, denominado como "gestación por sustitución", conocido también como "maternidad subrogada" o, para darle un sentido económico, "alquiler de vientre", en la cual una mujer gesta el hijo para otro. Este instituto carece de regulación y, como adelanto a lo que luego se explicará con mayor detención, fue regulada en el Proyecto originario del CCCN junto con la FPM, a pesar de luego ser suprimidos en el debate parlamentario. En el presente trabajo se limita solo al análisis de la

FPM, sin desarrollar el instituto de la "gestación por sustitución" por no encontrarse dentro de los objetivos de estudio.

3. 3 DERECHO COMPARADO

A diferencia de lo que sucede en nuestro país, el derecho internacional ha optado por regular el instituto y sus efectos, ya sea prohibiéndolo o admitiéndolo, pero estableciendo reglas claras que no den lugar a controversias.

Así, Francia (ley 94/654), Italia (40/2004), Suecia (1140/1984), Noruega (68/1987) Costa Rica (decreto 24.029-s/1995) y Alemania (745/1990), entre otros, han prohibido a la FPM. También Suiza (artículo 119 Constitución de la Confederación Suiza), Portugal (Ley 32/2006), han optado por regularla prohibiéndola.

En cambio España (ley 14/2006 artículo 9 sobre "premoriencia del marido"), Inglaterra (human fertilización and embriology act 2008), Bélgica ("Loi relativa à la procréation médicalment assistée et à la destination des embryons surnuméraries et des gamètes", traducido como "Ley relativa a la procreación asistida médicamente y al destino de embriones y gametos supernumerarios"), Portugal (ley 32/2006), Grecia (Constitución Griega artículo 5.5; Ley 3089/2002 de asistencia médica a la reproducción humano), entre otros, la permiten.

Verbigracia, para mencionar los más destacados y mencionados jurisprudencialmente, en el derecho francés, el artículo L. 2141-2 del Código de la salud pública expresa: "La asistencia médica a la procreación tiene por objeto remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de cierta gravedad. El carácter patológico de la infertilidad debe estar médicamente diagnosticado. El hombre y la mujer que conformen la **pareja deben estar vivos**, en edad de procrear y consentir previamente la transferencia de embriones o la inseminación. **Configuran obstáculos a la inseminación o a la transferencia de embriones el deceso de uno de los miembros de la pareja**, la

presentación de una demanda de divorcio o de separación de hecho o la cesación de la vida en común, así como la revocación por escrito del consentimiento por el hombre o la mujer ante el médico encargado de llevar a cabo la asistencia médica para la procreación".

En lo relativo al traslado de material genético, el artículo L. 2141-1 de la misma legislación referida a la salud pública expresa: "La importación y la exportación de gametos o de tejidos germinales procedentes de un cuerpo humano son sometidos a una autorización emitida por la Agencia de biomedicina. Sólo un establecimiento, un organismo o un laboratorio titular de la autorización prevista en el artículo L 2142-1 para ejercer una actividad biológica de asistencia médica para la procreación, puede obtener la autorización prevista en este artículo. Toda violación de las prescripciones establecidas por la autorización de importación o de importación de gametos o de tejidos germinales implica la suspensión o el retiro de dicha autorización por la Agencia de Biomedicina".

Por otro lado, en contraposición con lo regulado en Francia, en el artículo 9 antes mencionado de la legislación española dispone:

"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 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 prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3[*], en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.
Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge 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".

*El artículo 6. 3 expone "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 cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.".

No obstante ello, Argentina, Perú, México, Rusia y Venezuela, han optado por, a pesar de los precedentes legislativos y jurisprudenciales, por no regularla.

3. 4 ANTECEDENTES: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Si bien este tema parece novedoso y ha dado que hablar en este último tiempo en nuestro país, lo cierto es que no es estrictamente un instituto nuevo.

- Cabe mencionar, como primer antecedente internacional de FPM, aunque con un resultado trunco, el ocurrido en Francia en el año 1984, conocido como "Caso Parpalaix", cuando la viuda Corinne Parpalaix, de 22 años de edad, obtiene la autorización judicial para inseminarse con semen donado de su marido, Alain, el cual fallece el 25 de diciembre de 1983 producto de cáncer de testículo. No obstante, no pudo obtener el embarazo a pesar de haber sido inseminada en distintas oportunidades.

Dos días antes del fallecimiento había contraído matrimonio con Corinne en la habitación del hospital donde en encontraba internado.

Al igual que este caso jurisprudencial que marca el primer antecedente en la materia, hasta el fallo "Blood", se produjeron varios intentos de llevar a cabo FPM en países extranjeros, aunque siempre con resultados truncos.

- En el año 1991 el proyecto de ley Storani-Laferriere consideraba lícita la fecundación post mortem junto con la fecundación extracorpórea (gestación por sustitución). Permite no

transferir al útero materno todos los embriones obtenidos y la fecundación post mortem, y no prevé sanciones penales, a su vez faculta la utilización de gametos de la pareja o de terceros.

- En el año 1997 se registra el primer caso práctico cuyo resultado es satisfactorio conocido como “Caso Blood”, ocurrido en Gran Bretaña, que ha dado lugar al nacimiento jurisprudencial de la FPM. Los hechos consisten en que una pareja que tras un largo noviazgo de nueve años contrae matrimonio en 1993 y a los cuatro años el esposo, Stephen Blood, cae en un coma. Ante ello la mujer, Diane Blood, quien asegura haber tenido el proyecto previo de compartir hijos con su pareja, solicita la extracción de semen de Stephen en coma, la cual es cedida.

Con la autorización de la extracción de material genético solicita su posterior inseminación. Tras dos años de la solicitud la autorizaran a ser inseminada con esperma de su marido muerto, a pesar de no haber tenido un consentimiento escrito del Sr. Blood. La Corte de Apelaciones le permitió, en febrero de 1997, hacer el tratamiento, pero fuera del territorio de Gran Bretaña.

- Otro antecedente, destacado por Ferrer (2018), es el Proyecto del Código Civil de 1998:

“adoptó sobre esta técnica una solución singular: enumera entre las personas que pueden suceder al causante no sólo a las ya concebidas al tiempo de su fallecimiento y que nazcan con vida, sino también "a las que nazcan dentro de los 480 días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos crioconservados del causante o de un embrión formado con gametos de aquel, sean estas prácticas lícitas o ilícitas. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión hereditaria con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante" (art. 2229, inc. c). En la Exposición de Motivos (nro. 296) se aclara que esta solución no significa sustentar la licitud del procedimiento, sino atender a la realidad de un hecho sucedido, así sea al margen de la ley prohibitiva.

Pero lo exacto es que, en realidad, se pretendió consagrar la solución de la ley española 35 de 1988, pues dispone que la eventual prohibición futura de la técnica post mortem no tendrá consecuencia alguna, el hijo tendrá relación de filiación con el hombre del cual proviene el semen que se utilizó después de su muerte y lo heredará, favoreciendo la difusión de esta técnica que prescinde del interés y conveniencia del hijo en contar con un padre vivo”. (P. 3)

- A posteriori encontramos el primer caso práctico en nuestro territorio, que, si bien no es muy reconocido por la doctrina, se produjo en 1999 cuando una pareja española luego de casarse decide pasar la luna de miel en nuestro país.

El hombre de 35 años fallece pocos días después producto de un paro cardiorrespiratorio por edema pulmonar en el hotel ante lo que la mujer decide solicitar la extracción de semen de su marido con la presunta intención de procrear al regresar a su país natal.

Ante ello el juez, de nombre Irigoyen Raúl, a cargo del sumario por "muerte dudosa" iniciado en la comisaria 15, en conjunto con el consulado español, dan lugar ordenando la extracción por el Cuerpo Médico Forense, por no encontrarse con impedimentos legales para realizarla como consecuencia de la falta de legislación del presente instituto.

- En este contexto, es oportuno tratar la respuesta judicial que sobre el particular se observa en los precedentes de fecha reciente.

1. "G., A. P. s/autorización"

El 21/11/2011 se enmarco un fallo bajo la caratula "G., A. P. s/autorización", ante el Tribunal de Familia de Morón Nro. 3. Se produjo como consecuencia de una acción declarativa de certeza iniciada por una mujer que había quedado viuda mientras se sometía con su pareja a TRHA.

Habían contraído matrimonio en 2005 y después de aproximadamente 5 años intentando lograr el embarazo que se vio frustrado por ella padecer poliquistosis ovárica, recurren a un centro de reproducción para realizar una TRHA.

Como consecuencia de ello criopreservan material genético y prestan consentimiento previo libre e informado para el posterior implante en el año 2010.

Días después le diagnostican cáncer del tipo linfoma no-Hodgkin a su marido y producto de ello, a los nueve meses, ya en 2011, fallece. El centro de fertilidad se negaba a continuar con el tratamiento y es por ello que la mujer recurre a los estrados judiciales para solicitar autorización para utilizar las gametas masculinas (semen) criopreservadas, fundando su petición en la ausencia de impedimento alguno para que se le efectúe el implante del material genético

criopreservado y, de esta manera, poder seguir adelante con un tratamiento de fertilización iniciado con su marido.

El tribunal resolvió favorablemente a la solicitud de la actora y autorizó la utilización del semen criopreservado, abriendo así la posibilidad efectiva de recurrir a este instituto para continuar con un proyecto parental o de familia, en palabras de la jueza "...tener un hijo ya nombrado por ambos...un hijo producto del amor, buscado con amor" (cons. VII).

La jueza considera que es posible acudir a la "figura del consentimiento presunto" no solamente porque entendió que el Sr. L. prestó su "consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia hasta obtener el material genético (...) que estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo sino que sus padres y hermana, entrevistados en el Tribunal confirman que "...el deseo de J - L era de ser padre y que con el nacimiento se concretaría el sueño del matrimonio G-L""" (cons. VIII)

Como expone Pérez A. (2016):

> "La jueza expresa que no se les escapa que este derecho puede ser preservado concurriendo a donante anónimo de gametas masculinas y entonces se pregunta: ¿por qué autorizar la reproducción humana asistida con material genético del marido premuerto? Según los argumentos esgrimidos por la peticionante sería para continuar con un proyecto de vida que construyó con su marido. Así pues, reflexiona la jueza, no es un hijo lo que la mujer ansia sino el hijo que soñó y planificó con su marido y que por el desarrollo de la ciencia es hoy posible tenerlo. En segundo lugar, la magistrada dice que, dado que existió un consentimiento expreso del marido para crioconservar su esperma con el objeto de tener un hijo debe ordenarse el análisis del proceso de la siguiente manera: primero el hombre dio su consentimiento, luego se enteró que estaba enfermo y pudiendo haber revocado su consentimiento en ese momento, no lo hizo. Por ello, éste aún sería valido para después de la muerte. La sentencia apela así a la existencia de un consentimiento presunto" (p. 7)

A su vez, los argumentos se basan en la aplicación del "principio de legalidad y reserva" del artículo 19 de la Constitución Nacional, por no existir una regla específica que prohíba la FPM, también en el derecho a la salud reproductiva y el derecho a la protección familiar. Pero el magistrado olvida pronunciarse sobre dos cuestiones esenciales y que aportan al objeto de estudio del presente trabajo:

1) La filiación: La sentencia omite emitir juicio acerca de si el niño debe ser reconocido como hijo del marido premuerto, y si, en caso de serlo, sería un hijo matrimonial o extramatrimonial.

2) Tampoco deja asiento alguno acerca de los derechos sucesorios que potencialmente pueda llegar a tener este niño.

2. “S., M. C. s/ medida autosatisfactiva”

El segundo fallo reciente que hay que mencionar es el dictado el 07/08/2014 por la Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minal, de Paz y Tributario de Mendoza, en los autos caratulados como “S., M. C. s/ medida autosatisfactiva”.

Prima facie, la extracción de semen del marido fallecido es aceptada judicialmente, ante ello la mujer solicita autorización para someterse a una TRHA. Ante la sentencia desfavorable del juez de primera instancia ante tal requerimiento, la actora interpone un recurso de apelación. Como consecuencia de ello la Cámara de Apelaciones revoca la resolución impugnada, autorizando la utilización de los gametos extraídos. Se fundó en el principio de legalidad del artículo 19 de la Constitución Nacional, el acceso integral a las TRHA (ley nacional 26.862), el derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a las TRHA que se derivaría del derecho a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar y la aplicación de la doctrina de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”.

Una de las cuestiones más relevantes de este caso es que la Cámara se pronunció sobre la falta de consentimiento del difunto.

Sostuvo, en primer lugar, que ya habían dado autorización judicial firme a la mujer para poder extraer esperma, la cual fue dada antes de la fecha de publicación del decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862, por lo que el artículo 8º que establece la necesidad de consentimiento previo no es aplicable por el principio de irretroactividad de la ley. Además, en segundo lugar, pese a que reconocieron que no había voluntad procreacional expresa otorgada por parte del difunto (el cual conformo uno de los argumentos utilizados por la jueza de primera instancia para desestimar el requerimiento) aclararon que “es imposible que se hubiera otorgado el consentimiento informado al efecto de la fecundación post mortem toda vez que la muerte lo sorprendió en plena juventud y como consecuencia de un accidente laboral” (cons. II).

Además, agregaron que “de todos modos, la cuestión es irrelevante (...) en tanto esta Cámara toma como elementos dirimentes para restar de toda eficacia a dicha falta de consentimiento ya

que no existen derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible" (cons. II), por lo que "no parece jurídicamente acertado" concentrarse en ese punto en tanto "respecto del Sr. D., ya fallecido no puede invocarse derecho alguno vulnerado por cuanto ya no es sujeto de derechos" (cons. II).

En palabras de Herrera M. (2017) quien se pronuncia acerca del fallo:

"(…) se le resta toda eficacia a la falta de consentimiento por dos razones:
a) la falta de derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible y
b) que ni en el ámbito de la sucesiones puede alegarse que el ordenamiento jurídico otorgue "derecho" al causante de que se cumplan sus disposiciones mortis causa, pues los beneficiarios pueden renunciar a recibir las herencias o legados, y además a quien la legislación protege y legitima para reclamar es a esos beneficiarios o a otros preteridos, no al causante" (p. 6)

A diferencia del caso visto anteriormente, la Cámara se pronuncia sobre materia sucesoria determinando que el niño/a que eventualmente pudiera nacer no alcanzaría a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiere al momento de la muerte del causante.

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

En tercer lugar, el ámbito de la Justicia Nacional más precisamente ante el Juzgado Nacional Civil N ° 3, 3/11/2014, confirmado por la Cámara Nacional Civil, Sala H. El mismo se enmarcó bajo la caratula "K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo". Los hechos consistieron en que una mujer promueve un amparo solicitando se la autorice a retirar muestras de semen crioconservadas en un centro de criogenia, pertenecientes a su pareja fallecida, para realizar una TRHA, tratándose estas de muestras que se habían obtenido con la autorización por escrito de su marido a solicitud del instituto que iba a realizar dicha práctica. A su vez, también solicita que la obra social codemandada cubra el costo que demande la realización de la TRHA.
Ante ello el juez de primera instancia dicta sentencia el 31/11/2014 admitiendo el amparo. Funda dicha sentencia en el art 19 de la Constitución Nacional, citando la jurisprudencia

conformada por el fallo anteriormente mencionado (fallo mendocino), lo establecido por la ley 26.862 que admite el acceso integral a las TRHA, los derechos humanos y el fallo "Artavia Murillo" ya citado, mencionando que no se estaba en presencia de un niño que proteger, y en la existencia de voluntad presunta del marido fallecido para que utilicen sus gametos luego de su muerte.

Por último, hizo lugar a la solicitud de cobertura médica. Ante ello la obra social interpone un recurso y la Cámara Nacional en lo Civil confirma la sentencia del Juez de primer instancia y condena a la obra social a cubrir la totalidad de la TRHA.

4. "N. O. C. P. s/ autorización"

En cuarto lugar, se encuentra el fallo caratulado como "N. O. C. P. s/ autorización" Expe. 61878/2013, resuelto por el Juzgado Nacional Civil N ° 87, de la fecha 05/05/2016.

Este fue uno de los fallos que tuvo amplia difusión en los medios.

La actora (mujer viuda) se presenta a solicitar la autorización para utilizar semen crioconservado de su marido quien había fallecido en el accidente ferroviario del 13 de septiembre de 2011 en camino a su trabajo cuando fue embestido por una formación ferroviaria, lo que provocó su fallecimiento. Posteriormente a ello solicita la mujer la orden del juez Federal interviniente para la extracción cadavérica de semen y su posterior conservación en un centro médico en el que habían iniciado los tratamientos de fertilidad, la cual es concedida.

La accionante y su pareja tenían el proyecto de formar una familia, pero al no poder lograrlo por vías naturales, iniciaron las TRHA. En junio de 2011 suscriben el consentimiento informado tres meses después ocurre el fatal accidente.

Según la jueza, a la luz de la Constitución Nacional y de la legislación interna, la fecundación post mortem no es una técnica prohibida, y respecto al consentimiento del fallecido entendió que tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida.

A su vez, debió considerar los testimonios de la hermana y madre del fallecido que dan cuenta del deseo de éste de ser padre, así como el de una compañera de trabajo que viajaba con él todas las tardes en el mismo colectivo, a quien le había expresado que su gran sueño era ser padre.

La magistrada argumenta que, si bien es cierto que el documento del consentimiento informado

no contempla expresamente la posibilidad de continuar con las técnicas de reproducción luego de producirse la muerte de alguno de los involucrados, esa exigencia o mención en los formularios preimpresos que utilizan en las instituciones resultaría de un gran impacto para el común de la gente que, justamente acude a generar este tipo de establecimientos deseosos de una nueva vida para ver cumplido el anhelo de ser padres.
Por lo expuesto, resuelve hacer lugar a la autorización pedida y no se tratan los derechos filiales ni sucesorios.

5. "C., M. S. s/ autorización judicial"

El 25/11/2016 se produce otro caso, con los autos "C., M. S. s/ autorización judicial" donde resuelve el Juzgado de Familia de Casilda (Expte. 898/16).
La actora promueve demanda de autorización judicial a los fines de suplir el consentimiento exigido por el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación para continuar con el tratamiento de fertilización asistida, mediante la transferencia de embriones crioconservados, como consecuencia del fallecimiento prematuro de su pareja a raíz de un cáncer, ocurrido el 23/01/16 y, oportunamente la inscripción del niño como hijo legítimo de ambos progenitores.
La demandante relata que en el año 2009 iniciaron una relación de noviazgo y que en 2011 comenzaron a convivir y se ilusionaron con completar su familia con la llegada de un hijo. Primero intentaron naturalmente la concepción, luego decidieron someterse a diferentes tratamientos médicos, no quedando otra alternativa que recurrir a un centro de salud especializado.
En el año 2014 formalizan el consentimiento informado ante el centro de salud. Se realizaron dos procesos de fertilización asistida. Del primero se obtuvieron seis embriones y se efectuaron tres transferencias, sin lograr el embarazo; y del segundo proceso se obtuvieron diez embriones y se efectuaron tres transferencias, quedando embarazada, pero luego se produce la pérdida de la gestación.
Como consecuencia de ello quedan en el centro médico cuatro embriones crioconservados. Sin embargo, a consecuencia del fallecimiento de su pareja, existía el obstáculo legal de que las transferencias no pueden realizarse sin autorización judicial al efecto.
Debe considerarse que no tienen descendientes y que la única heredera legítima y forzosa es su

madre, quien no solo ha acompañado a la peticionante, sino que también es testigo del proyecto de vida de ella y su hijo.
El juez, en base a lo legislado en relación a las TRHA, concluye en que no se contempla expresamente el supuesto de reproducción post mortem, pero tampoco se prohíbe; y resuelve otorgar la autorización judicial para que la solicitante continúe con el tratamiento de reproducción asistida mediante la transferencia de embriones crioconservados.
Por otra parte, no hace lugar al pedido de oportuna inscripción del hijo por tratarse de un hecho incierto. Igualmente sostiene que no hay fundamento para impedir la posterior inscripción del niño como hijo de ambos, para el hipotético caso de que ello suceda. Resuelve en lo referente a la filiación.

6. "A., C. V. c/Instituto de Seguridad Social-Sempre s/amparo"

Otro de los fallos recientes es el ocurrido el 30/12/2015, en La Pampa, Santa Rosa, en los autos caratulados como "A., C. V. c/Instituto de Seguridad Social-Sempre s/amparo".

Los hechos consisten en una mujer que ante la muerte imprevista de su marido deduce amparo contra la obra social, el Instituto de Seguridad Social (SEMPRE), para que sea condenada a otorgarle la prestación total e integral, necesaria y gratuita de la práctica de fertilización asistida post mortem y se autorice su realización en el centro asistencial PROCREARTE de la Ciudad de Buenos Aires utilizando embriones criopreservados (con semen propio del marido y óvulos de donante anónimo).
Se trataba de una pareja que había estado junta desde enero de 2010, hasta que él falleció, en octubre de 2014 y que ante la imposibilidad de concebir naturalmente habían recurrido a TRHA donde les habían recomendado recurrir a la ovodonación dadas las características del caso.
Meses después del deceso, el 9 de febrero de 2015, la demandante solicitó al SEMPRE la cobertura médica de fertilización asistida post mortem.
Sin embargo, mientras ella reclamaba el acceso a y la implantación de los embriones, la obra social argumentaba que, en tanto el marido había fallecido, no había consentimiento para transferir a la mujer el material genético.
A su vez, puntualizaron la petición de la actora no está regulada en la ley 26.862 y que, de darse la posibilidad, se estaría violando además el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del

Niño, privándolo de conocer a su padre y paralelamente a este a ejercer “los derechos y deberes provenientes de la responsabilidad parental”.
La jueza del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Laboral y de Minería Nro. 4 hizo lugar a la petición de la actora y condenó a la obra social, fundándose en el artículo 19 de la Constitución Nacional, citando jurisprudencia tendiente a resolver favorablemente en los casos de FPM ya mencionados y en la aplicación de los estándares impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo (sobre comienzo de la existencia de la persona ya mencionado) y el fallo “Fornerón c/Argentina” (sobre protección de la familia monoparental).
A su vez, aplica la ley 26.862 de acceso integral ya que el hecho de que la misma no regule este supuesto de TRHA eso no quiere decir que este excluido y menos prohibido.
En cuanto al consentimiento del fallecido se entendió que no existen razones para dudar de la voluntad procreacional expresada por el marido cuarenta y nueve días antes de fallecer imprevistamente.
Como en la generalidad de los casos anteriores, la jueza no se pronunció sobre el aspecto filial por no formar parte de la pretensión discutida en el proceso.

7. “D., M. H. y otros s/autorización”.

En anteúltimo lugar, en la práctica, el 03/04/2018 es confirmada por la Cámara Nacional Civil, sala B, la sentencia dictada por el Juzgado Nacional Civil N ° 7 el día 27/11/2017. Los autos fueron caratulados como “D., M. H. y otros s/autorización”.
La resolución se produce como consecuencia de la solicitud de M. H. D.; M. V. V. y M. T. T., a fin de que esta última pudiera realizar un tratamiento de fertilización asistida post mortem. Los hechos del caso consisten en que S. D. (hombre) se encontraba en pareja con M. T. T. (mujer) en busca de un hijo por los medios naturales. En este período, S. D. contrajo cáncer y debió internarse en el Hospital Universitario "CEMIC" para someterse a un tratamiento médico paliativo.
Este procedimiento consistía en la aplicación de fármacos para erradicar las células cancerosas (quimioterapia), pero como consecuencia provocaría la esterilidad de S. D. Por este motivo, S. D. decidió criopreservar sus gametos.

Estaba hospitalizado y ello le impidió asistir personalmente al centro de fertilización interviniente (Procrearte SA). En su lugar entonces fue su padre y entregó los gametos al centro. Finalmente, el 24/07/2015 S. D. falleció como consecuencia de una infección intrahospitalaria. Luego de este suceso, M. T. T. intentó iniciar un tratamiento de fertilización asistida post mortem con los gametos criopreservados para proseguir con el proyecto familiar que tenía con S. D.

Debido a que tal práctica no está legislada, el centro de salud interviniente no accedió a su pretensión y de allí la requisitoria judicial.

Tanto la sentencia de primera instancia como la Cámara interviniente rechazaron la pretensión. La sentencia de primera instancia como la Cámara, a diferencia de los anteriores fallos mencionados, rechazaron la pretensión por, como señalan Caubet M. S. y Pellegrini M. V, (2018):

"el padre de S. D fue quien se acercó al centro médico a llevar la muestra de esperma de su hijo y fue quien firmó el acta de su entrega, lo que no es suficiente para interpretar que el hijo prestó consentimiento, en representación, para el destino de la muestra. Simplemente entregó en depósito los gametos y suscribió un acta de entrega" (p. 2).

Como señala Laferriere (2018) muy acertadamente:

"el fallo propone buscar una decisión razonablemente fundada y se basa en los siguientes argumentos:

— Entiende que el consentimiento informado no puede presumirse en estos casos por ser un acto personalísimo.

— Descarta toda posibilidad de "representación" por parte del padre de S. D.

— Tampoco se verifica un consentimiento "tácito", máxime que el formulario de depósito de los gametos contemplaba la eliminación de los mismos en caso de incapacidad o fallecimiento.

— Concluye enfatizando la centralidad del principio de la "voluntad procreacional".

En definitiva, la sentencia deja en claro que no se puede presumir un consentimiento en esta materia, ni invocar representación para ello" (p. 1)

8. "C., E. s/Autorización"

El último fallo, y más reciente, es el ocurrido el día cinco de febrero del corriente año (05/02/2020), caratulada como “C., E. s/Autorización”, con sentencia dictada por el Juzgado Nacional Civil nº 7.

Las actuaciones judiciales son promovidas por la Sra. E. C. ante el fallecimiento de quien en vida fue su cónyuge, el Sr. M. L. T., a fin de solicitar se le conceda autorización judicial para llevar adelante la práctica médica de fertilización post mortem con los gametos criopreservados de su cónyuge fallecido.

Los profesionales médicos del Sr. M. L. T. le aconsejaron proceder a la criopreservación de su esperma ante el tratamiento de quimioterapia que debía iniciar por haber sido diagnosticado con cáncer. El médico de cabecera le anticipó que el tratamiento de quimioterapia era sumamente invasivo y podía afectar su capacidad reproductiva, quedando estéril.

Ante esta circunstancia, concurren al Instituto P., donde realizan la extracción y criopreservación de los espermatozoides, oportunidad en la cual el Sr. M. L. T. suscribió el consentimiento previo, libre e informado a tal efecto.

Ocurrido el deceso del Sr. M. L. T., su cónyuge se presenta ante el Instituto P. con la intención de realizar una técnica de reproducción humana asistida con el material genético criopreservado de su marido.

Ante la imposibilidad de recabar el consentimiento informado del Sr. M. L. T., los profesionales del Instituto P. le indicaron que debía solicitar la correspondiente autorización judicial en reemplazo de la voluntad de quien fuera en vida su cónyuge.

Al promover la presente acción, se encontraban en trámite las actuaciones sucesorias del Sr. M. L. T., donde habían sido declarados en carácter de únicos y universales herederos sus progenitores y la Sra. T. en carácter de cónyuge supérstite.

La Dra. Myriam Cataldi, jueza encargada de resolver, denegó autorización para realizar fecundación “post mórtem”.

Fundamentó dicho rechazo en que en este caso no se configuró el consentimiento informado para llevar a cabo la fertilización por técnicas de reproducción humana asistida utilizando los gametos criopreservados del cónyuge fallecido (FPM). Se destacó la necesidad de proteger los derechos personalísimos del difunto y la imposibilidad de presumir su consentimiento.

Por último, no se pronuncio acerca de los potenciales derechos filiatorios y la vocación hereditaria del futuro niño.

Por todo lo expuesto, es necesario realizar algunas aclaraciones.

Prima facie, cabe destacar que los fallos ya citados acerca del instituto en estudio, tienden a hacer lugar a la petición de la actora para realizar la TRHA, específicamente una FPM, ya sea que se trate de supuestos donde existe el embrión al momento de la muerte de la conviviente o cónyuge o que este se haya generado después del fallecimiento con gametos crioconservados o a través de la extracción de los mismos del cadáver. Es decir que este ha sido el criterio común que siguió gran parte de la justicia hoy. Solo hay dos excepciones que son los últimos dos fallos mencionados.

En segundo lugar, cabe destacar que todos coinciden en que, como dice Herrera M (2017) "dan cuenta de la falencia que se deriva del silencio legislativo y la importancia de contar con reglas jurídicas claras, siendo una situación que se presenta en la realidad y que lo será con mayor preferencia a la par del mayor desarrollo y acceso a las TRHA" (p. 7).

Lo cierto es que los fallos tienen en común que como consecuencia del vacío legal generado por la falta de regulación sobre la FPM ha conllevado a suplir la falta apelando a la interpretación judicial de los casos específicos, dándole total discrecionalidad al juez a la hora de fallar.

En la mayoría de los fallos descriptos puede revelarse que esta interpretación se ha hecho, fundamentalmente, en base al artículo 19 de la Constitución Nacional, más conocido como el principio de legalidad, según el cual "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de lo que ella no prohíbe". Ha sido un acierto por parte de los magistrados ya que, si bien es cierto que esta figura ha sido eliminada del intento de regulación en el Anteproyecto del CCCN, lo cual será comentado con posterioridad, vale destacar que tampoco ha sido prohibida.

A su vez, también han optado por resolver invocando lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo, de suma importancia para la materia, como es "Artavia Murillo".

Cabe agregar lo que dice Krasnow (2016):

"Todo caso enmarcado en el derecho privado debe ser resuelto armonizando lo dispuesto en el Código Civil y Comercial con la base axiológica emanada de las normas de superior jerarquía, respetando el orden que emana del sistema de fuentes interno." (p. 10)

Por último, es notorio que en la mayoría de los casos tampoco aclara la incertidumbre respecto a los derechos filiatorios y los sucesorios de los niños que nacen como consecuencia de la FPM.

- Otro antecedente que requiere especial mención es el Anteproyecto del 2014 del CCCN

Constituye el último antecedente que se ha producido en la materia, que en nuestro país pretendió regular a la FPM con efectos filiatorios y sucesorios, cuya redacción fue eliminada en el Código efectivamente sancionado en 2015 (ley 26.994) por un debate originado en Cámara de Senadores de la Nación, creando un silencio legislativo, más precisamente en lo relativo a la práctica y la filiación, y dudas referentes a la materia sucesoria, que será luego analizada. Lo mismo sucedió con el instituto de la gestación por sustitución.

Cabe citar a Krasnow (2016), quien expuso en lo referente a lo dicho anteriormente:
"La filiación post mortem tuvo la misma suerte que la gestación por sustitución. El texto que recibe media sanción en la Cámara de Senadores también suprime el proyectado artículo 563 del texto. Si bien en un principio el dictamen de la mayoría conservaba la regulación de la filiación post mórtem, con un cambio metodológico al declarar el principio general en el artículo 562 —destinado antes de ser suprimido a la gestación por sustitución— y el artículo 563 contenía las dos excepciones al principio general. Pero, antes del debate, terminó imponiéndose el dictamen de la minoría, que proponía la eliminación de este procedimiento." (p. 11).
No obstante lo expuesto por Krasnow, quien reconoce que la eliminación de la FPM del CCC ha sido por decisión de una minoría, hay quienes afirman que en realidad la supresión del instituto fue consecuente al seguimiento de una postura mayoritaria (Vgr. así lo expone Ferrer, quien será citado con posterioridad).

El art. 2279, inc. c), establecía "*Pueden suceder al causante (...) c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida con los requisitos previstos en el art. 563*".

La remisión al art. 563 nos conducía a la técnica de fecundación post mortem y a las condiciones de su aplicación, y además al art. 19, según el cual el comienzo de existencia de la persona humana se producía con la implantación del embrión en la mujer.

El art. 563 del Proyecto disponía: "*En caso de muerte del o de la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) La persona consiente en el documento previsto en el art. 560 (consentimiento informado) o en su 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*".

El art. 19 establecía: *"La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno.* ***En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer****, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".*

Estas normas sufrieron modificaciones en su tránsito por el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación. Las reformas fueron las siguientes:

- Respecto del inc. c) artículo 2279, sólo se modificó la remisión, que en vez del artículo 563 ahora se remite al artículo 561, el cual ya fue descripto con anterioridad.
- El texto originario del artículo 563 desapareció, con lo cual se suprimió la regulación de la filiación post mórtem.

- El artículo 19 quedó reducido, disponiendo solamente: "La existencia de las personas comienza con la concepción".

Puede observarse de forma notoria que el instituto de la fecundación post mortem estaba tratada como un supuesto de excepción. La regla era que el nacido por las TRHA post mortem no era hijo de la persona fallecida si, en el momento de producirse la muerte, el embrión no había sido implantado en la mujer o la concepción no se había producido. Como dice Krasnow (2017):

"a modo excepcional, y siempre que se encontraren satisfechos dos requisitos, uno relacionado con el consentimiento del premuerto para la realización de la técnica con posterioridad a su fallecimiento y otro vinculado con el tiempo en que esto podía ser llevado a cabo, el código les otorgaba el vínculo filial.

A contrario sensu, en el hipotético caso de que la mujer, a pesar de no contar con el consentimiento de la pareja fallecida, consiguiese que le sea implantado un embrión crioconservado, el hijo quedaría solamente vinculado a la madre al decidir ella sola que el hijo naciera". (p. 10)

Esta decisión de eliminar a la FPM del anteproyecto ha traído distintas posiciones doctrinarias y mediáticas.

La mayoría del valioso aporte doctrinario sostiene, por distintos motivos, que no haber sancionado el Anteproyecto, si bien deja en una situación de vacío legal al instituto de la FPM, fue un acierto.

Por un lado, Herrera M. (2018) si bien sostiene que el instituto de la FPM debe ser regulado permitiéndose, considera que el proyecto no establece las reglas adecuadas, así ha dicho:

"Este articulado proyectado y evaporado del texto finalmente aprobado también generaba críticas muy acertadas. En primer lugar, hubiera dejado afuera de la FPM a 4 de los 5 casos planteados en la jurisprudencia argentina; es decir, sólo se hubiera permitido el supuesto resuelto por la jueza pampeana al tratarse de embriones. El resto de los supuestos comprometidos deberían haberse rechazado porque se trataba de gametos, ya sean extraídos en vida o post mortem, no de embriones. ¿Esta era una postura legislativa acorde con el desarrollo

de la ciencia y en particular, el debate –ya sorteado en varios países, no así en Argentina- en torno a la naturaleza jurídica del embrión no implantado?

Si bien es cierto que el CCyC argentino se perdió una valiosa oportunidad de regular el tema en análisis –por presiones de un actor social muy conservador y siempre activo en las temáticas relacionadas con las familias como lo es la Iglesia Católica- lo cierto, es que la quita del articulado durante el debate parlamentario ha sido acertada. Sucede que 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 debiendo tener, en materia de FPM, el mismo tratamiento jurídico que los gametos de conformidad con la doctrina que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado fallo "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28/11/2012 y reafirmado en el fallo del 26/02/2016 en el proceso de seguimiento o cumplimiento de sentencia.

En otras palabras, si se hubiera sancionado el código tal como estaba proyectado, se hubiera incurrido en una manifiesta contradicción, no sólo a la luz de la jurisprudencia convencional citada, sino también del propio CCyC que remite a una ley especial para la regulación del embrión in vitro admitiéndose entonces que no es persona, sino debería estar regulado en la legislación civil; o el art. 20 del mismo CCyC que entiende por concepción el plazo máximo y mínimo de duración de un embarazo, siendo que hay persona recién a partir de la concepción (art. 19) como sinónimo de embarazo y siempre sujeto al nacimiento con vida (art 21); habilitándose también la revocación del consentimiento informado hasta antes de producida la transferencia del embrión en el cuerpo de una persona (art. 561). En esta misma línea, la ley 26.862 de Acceso Integral a las TRHA prevé la cobertura de la criopreservación y donación de embriones, para lo cual se debe partir de la idea de que los embriones no son persona, de lo contrario, no se podrían criopreservar y mucho menos donar.

Por todo esto, excluir del texto proyectado la filiación derivada por TRHA post mortem tal como se la pretendía regular fue, en definitiva, 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". (p. 8)

A contrario sensu de lo dicho, hay quienes, si bien coinciden con la postura de la Dra. antes mencionada, referente al aspecto de que el hecho de no sancionarse es un acierto, postulan que debería ser regulada para prohibirse. Así es el caso de Ferrer (2017) el cual ha dicho:

"El Proyecto de 2012 al autorizar esta técnica en el art. 563 se apartó de las valoraciones sociales prevalecientes en la sociedad argentina, y de la doctrina jurídica predominante, como también de la solución mayoritaria de la legislación comparada. Consideramos acertada, por consiguiente, la supresión por el Senado de dicha norma habilitante de la fecundación post mortem, porque, es una improcedente e inconstitucional priorización de la voluntad procreacional por sobre el interés superior del niño. Pero por otro lado, se mantiene el debate, pues, no obstante que se suprimió la fecundación post mortem, al establecer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin más aclaraciones, y por la ausencia de una ley que reglamente la aplicación de las técnicas reproductivas y sus consecuencias, quedamos en una situación compleja y sin resolver, similar a la que se daba antes de la sanción del Código Civil y Comercial, dado que la remisión del art. 2279, inc. c) al art. 561 no soluciona las cuestiones. Todo queda al arbitrio de los jueces, que ante el vacío legal tienen en general un criterio permisivo" (p. 4)

3. 5 REGULACION ACTUAL

Como ya se ha dicho, el instituto de la FPM no ha sido regulado hasta el día de la fecha por el sistema jurídico argentino, pudiendo afirmar que se carece de regulación actual específica atinente a la FPM, a pesar de que ciertos doctrinarios entiendan que podría encontrarse tácitamente en algunas normas, o bien en la falta de prohibición que deja a libre interpretación de que podría tratarse de una técnica permitida, valga la redundancia, por carecer de reglas normativas que determinen su prohibición.

Verbigracia, Krasnow A. N. (2016) pone de resalto su inclusión tácita en el cuerpo normativo de la ley 26.862 referido a las TRHA:

"Su reconocimiento implícito en la ley 26.862 surge de varios de sus enunciados, como:

"Artículo 1: cuando establece que a partir de esta ley se debe garantizar el acceso de forma integral a las TRHA, debe interpretarse en el sentido de que los destinatarios de la norma pueden recurrir sin obstáculos a la colaboración médica con este objeto."

"Artículo 2: cuando define la reproducción humana asistida no la asocia con infertilidad y esto permite concluir que no es necesario acreditar esta situación para acceder al uso de cualquiera de estos procedimientos."

"Artículo 6: establece que el Ministerio de Salud, en el carácter de autoridad de aplicación, debe arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios."

"Artículo 7: comprende entre los destinatarios a toda persona mayor de 18 años, sin considerar su realidad de pareja y familiar. Artículo 8: establece el deber de asumir la cobertura de todo procedimiento de TRHA por parte de todos los agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados."" (p. 10)

Como ya se expuso con anterioridad, no hay una referencia expresa de la FPM en la ley 26.862 sobre "Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida" (VER ANEXO 2).

Cabe poner de resalto, que gran parte de la doctrina ha encontrado además el reconocimiento tácito de la figura en cuestión al hablar de la capacidad para suceder, lo que como se detalla más adelante, se refiere en su inc C a la persona que nace por medio de técnicas de reproducción humana asistidas luego de la muerte del causante, lo cual ha generado numerosas dudas.

Por último, otro sector reconoce que el hecho de que no esté prohibida por normativa expresa podría llegar a consistir en un reconocimiento tácito por el legislador a la hora de sancionar el CCC.

Dentro de estos doctrinarios, Krasnow A. N. (2016) expone en lo referente a lo anteriormente dicho "La ausencia de prohibición expresa en la norma civil habilita su admisión implícita. El silencio no puede asimilarse a prohibición y despeja toda duda que podría surgir respecto de una posible vulneración del orden público argentino". (p. 11)

No obstante, integrantes del Bloque "Frente de Todos", más precisamente Alvarez Rodriguez, Maria Cristina (Buenos Aires); Macha, Monica (Buenos Aires); Estevez, Gabriela Beatriz (Cordoba); Lopez, Jimena (Buenos Aires); Russo, Laura (Buenos Aires); Grosso, Leonardo (Buenos Aires); Brawer, Mara (Ciudad de Buenos Aires); Sierra, Magdalena (Buenos Aires); Martinez, Maria Rosa (Buenos Aires); Maria Lucila (Chaco), el día 19/05 del año corriente presentaron un proyecto de ley regulando a la FPM y los efectos filiatorios y sucesorios que este genera, a través del artículo 561 bis y modificando los artículos 562 y 2279 del CCCN, el cual se encuentra supeditado a aprobación.

El mismo establece:

"ARTÍCULO 1°. - Incorpórase al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente artículo 561 bis:

"Artículo 561 bis. - Revocación del consentimiento por causa de muerte. El fallecimiento de una persona, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión, 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 que sus ***gametos o los embriones*** *criopreservados sean utilizados por su cónyuge o conviviente después de su fallecimiento; y*

b) la inseminación 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.""

"ARTÍCULO 2°. - Modifícase el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo:

"Artículo 562.- 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 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.""

"ARTÍCULO 3°. - Modifícase el art. 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado del siguiente modo:

"Artículo 2279. Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:
a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida de conformidad con lo previsto en los artículos 561 bis y 562;
d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.""

"ARTÍCULO 4°. - Comuníquese al Poder Ejecutivo."

Los fundamentos presentados por Diputados integrantes del bloque Frente de Todos se basan en el reconocimiento de que la FPM ha sido un instituto que se ha intentado regular con anterioridad, a pesar de su eliminación en la posterior sanción del definitivo CCCN; de su aplicación práctica y la consecuencia del debate jurídico, bioético y mediático que se ha generado; y por último, la regulación que ha tenido en distintos países los cuales han optado por regularla permitiéndola y estableciendo reglas claras (ya expuesto anteriormente).

Dentro de los Fundamentos disponen:

"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, el niño/a que nazca de ese procedimiento tendrá derechos sucesorios como hijo/a de la persona fallecida.

(…) agregando, por último, la prohibición expresa de la extracción post mortem de material genético de conformidad con lo previsto en los arts. 55 y 56 del Código Civil y Comercial de

la Nación y contrariamente a lo acontecido en dos de los precedentes citados, el de la Cámara 3ra de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza (…) y el resuelto por el Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 87 de Capital Federal (…)

En función de la incorporación propuesta, art. 561 bis, se adecuan los arts. 562, causa fuente de la filiación por TRHA -voluntad procreacional- y el art. 2279 que establece en qué casos las personas pueden suceder al causante." (p. 6)

Resulta importante resaltar que en el proyecto de ley citado precedentemente la excepción de la práctica de la FPM solo puede llevarse a cabo con embriones o gametos que hayan sido crioconservados debido a que se prohíbe expresamente la extracción de gametos luego del deceso del integrante de la pareja. Resulta este uno de los requisitos necesarios junto con la prestación del consentimiento y el tiempo en el cual debe llevarse a cabo la TRHA (un año a partir del fallecimiento).

3. 6 CONSIDERACIONES IMPORTANTES: POSTURAS DOCTRINARIAS

No obstante, como se expuso ut supra en numerosas oportunidades, el instituto de la FPM es una práctica que, a pesar de no ser estrictamente nueva (ver el punto 3.4 ANTECEDENTES) comenzó a ser conocida no hace mucho tiempo, ha generado numerosas posturas doctrinarias dentro de los cuales se puede mencionar a quienes están a favor de la regulación permitiendo estas prácticas y quienes están a favor de la regulación prohibiéndolas.
Se insiste sobre este punto, ya que, si bien las posturas doctrinarias se han dividido, todas tienen en común considerar que el silencio legislativo no es la solución. Si bien hay quienes sostienen que debe ser regulada a partir de la modificación del CCCN y otros a través de una ley especial, todos coinciden en que debe establecerse reglas claras que no den lugar a conflicto alguno el cual quede supeditado a la interpretación judicial.

A raíz de lo expuesto, se desarrollan consideraciones importantes que han dividido a la doctrina.

1. Voluntad procreacional

En primer lugar, cabe hacer un análisis profundo referente a la voluntad procreacional, requisito esencial de las TRHA.

Partiendo desde la base de que la FPM, como se ha dicho, es una práctica que forma parte dentro del género de las TRHA, y sabiendo que la voluntad procreacional es la causa fuente de las mismas, resultando ser un requisito constitutivo, el cual debe ser plasmado mediante el correspondiente consentimiento previo, libre e informado (ver punto 1.1 CUESTIONES GENERALES), surge como interrogante qué sucede con ello en el instituto en estudio donde uno de los integrantes de la pareja que va a ser parte de la FPM no podría dar su consentimiento antes de llevar a cabo la práctica por haber fallecido.
Es decir, el consentimiento no podría ser actual, por lo que se vulneraría el requisito de renovarse el mismo cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones, tal como lo dispone el artículo 560 del CCC. Por ello es que requiere de un estudio en profundidad para conocer que sucede en las FPM.

Recordando que el concepto de "voluntad procreacional" fue introducido en el Código Civil y Comercial de la Nación a partir de la incorporación de la tercera fuente de filiación (la filiación por técnicas de reproducción humana asistida) y que según surge del art. 562 del CCCN el vínculo filial entre el niño o niña nacida por TRHA y sus progenitores se va a establecer a partir de la voluntad procreacional que fuera presentada por estos últimos y plasmada a través del consentimiento previo, libre e informado.

Prima facie, hay autores permisivos, como Famá M. V. (2017) quien sostiene que si acreditado el consentimiento informado, fallece el hombre antes de la inseminación o de la implantación del embrión, se presumiría que habría consentido la conclusión o el inicio del procedimiento procreativo.

En contraposición con ello se encuentra Ferrer (2017) quien no comparte esa interpretación en todos los supuestos, sino meramente si hubiera existido un embrión, al cual considera como persona humana y por ello es necesario que no se prohíba su nacimiento. Cabe

recordar que para Ferrer la doctrina comete el error de partir de la equiparación entre gametos y embriones de lo que postula:

"Su tratamiento igualitario y conjunto significa que ambos tendrían la misma naturaleza biológica, o sea, como si se tratase en ambos casos de células humanas, disimulando y pretendiendo borrar la diferencia ontológica entre las mismas: en los embriones ya existe el principio de una persona humana, que falta en los gametos, pues desde el momento en que se efectuó la fecundación in vitro se forma un nuevo ser humano, con su identidad biológica determinada por todo el patrimonio genético constituido por el aporte de los cromosomas paternos y maternos, que los torna únicos e irrepetibles y con una capacidad intrínseca para desarrollarse y completar la formación de su propio organismo, hasta nacer. En consecuencia, siendo el embrión no implantado un ser humano concebido y en formación, al igual que el embrión en el seno materno, tiene derecho a la vida, a continuar su evolución y a nacer." (p. 5)

Como puede verse de forma manifiesta, no se encuentra en coincidencia con lo dispuesto por la CIDH en el fallo "Artavia Murillo" ya comentado.

Partiendo desde esa base, es que continúa:

"De ahí la diferencia de situaciones y soluciones: cuando fallece el hombre sin que se hayan utilizado todavía sus gametos, pueden estos destruirse o donarse pues en ellos no existe vida humana.
Por el contrario, si fallece después que los médicos especialistas lograron en probeta la fusión in vitro del espermatozoide con el óvulo, ya tenemos el comienzo de un nuevo ser humano. La circunstancia de que el embrión se encuentre crioconservado, no implantado, no le quita su condición humana.
En el primer caso la prohibición de utilizar los gametos de un hombre fallecido, congelados en un banco de semen, se explica porque significa programar post mórtem deliberadamente la concepción de un niño huérfano de antemano. Por el mismo motivo, también resulta inadmisible la variante más claramente insostenible de la fecundación post mórtem, o sea aquella en que se extraen gametos de un hombre fallecido para inseminar a su viuda o compañera supérstite.
No obstante las fuertes razones que imponen su rechazo, ante el silencio de la ley argentina, hay precedentes jurisprudenciales que autorizaron esta singular modalidad procreativa que prescinde de la voluntad procreacional del fallecido y del interés y conveniencia del hijo.

En el segundo caso, prohibir la transferencia e implantación de una criatura ya concebida extracorpóreamente en vida de su padre, importaría impedir arbitrariamente que este nuevo ser humano ya existente continúe su evolución y se desarrolle hasta nacer, desconocer su derecho a la vida, su derecho a tener una filiación paterna y sus derechos patrimoniales, como el derecho a heredar a su progenitor.

Estando ya concebido, y formado como cigoto al momento del fallecimiento de su padre, no se puede negar el derecho de la madre a culminar el proceso procreativo y lograr su transferencia e implantación, brindándole al embrión la posibilidad de continuar el curso de su desarrollo vital y nacer. No se requiere que el causante haya dejado escrita formalmente la renovación de su consentimiento, pues el proyecto parental fue llevado a cabo en vida de los dos integrantes de la pareja y con el consentimiento informado de ambos fue creado el embrión, por lo cual cabe presumir la conformidad del hombre para concluir la técnica mediante su transferencia al útero de la mujer." (p. 5)

Luego establece:

"No se requiere que el causante haya dejado escrita formalmente la renovación de su consentimiento, pues el proyecto parental fue llevado a cabo en vida de los dos integrantes de la pareja y con el consentimiento informado de ambos fue creado el embrión, por lo cual cabe presumir la conformidad del hombre para concluir la técnica mediante su transferencia al útero de la mujer. (…) y cualquiera sea la época en que se haya transferido al útero de la mujer, pues el Código Civil y Comercial ya no contiene la norma del Proyecto de 2012 que fijaba el plazo de un año desde el fallecimiento para que la mujer concretara la implantación (art. 563, inc. b). Por ello, la reglamentación que eventualmente se pueda sancionar sobre esta cuestión debería poner un límite temporal para que la mujer proceda a efectuar el implante, para evitar que transcurra un tiempo prolongado y se generen conflictos sucesorios." (p. 5)

Hay autores que admiten que la FPM se lleve a cabo si, en caso de que el difunto no prestara su consentimiento, hay una ley especial que haga lugar a que se produzca igualmente la práctica.

Como expone González Durán P. (2020) "el uso de material genético de una persona fallecida que no ha expresado de forma fehaciente su consentimiento merece un tratamiento legislativo especial para poder hacer lugar a esa excepción. Podría darse el caso de que el difunto no haya

expresado en vida su consentimiento expreso, libre e informado, pero una ley especial prevea un supuesto restrictivo y excepcional en el cual hacer lugar a la práctica de FPM.” (p. 5)

Hay otros autores que sostienen que el consentimiento podrá ser otorgado de forma implícita o por escrito antes de su fallecimiento. Es el caso de Gil Domínguez (2016) quien sostiene que:

“en relación con el consentimiento es posible exigir:

a) un consentimiento expreso mediante algún instrumento que lo sostenga o;

b) un consentimiento implícito, que puede surgir de distintos elementos probatorios.

En este sentido, considero que si la ley 26.742 (Ley de Muerte Digna) habilitó el consentimiento implícito para decidir sobre el alcance de la dignidad de la vida, mucho más aún debe habilitarse esta modalidad de consentimiento cuando se trata de concretar un plan de vida basado en el amor filial más allá de la finitud” (p. 8)

Por otra parte, hay quienes, defendiendo los fundamentos del Anteproyecto presentados por la Comisión Redactora postulan que el consentimiento podría presentarse, a diferencia de lo expuesto ut supra, solo por escrito, a través de “testamento” o de directivas anticipadas.

Vgr. como expone González Durán (2020):

“La figura de "directivas anticipadas" que surge de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente puede aplicarse a la FPM, puesto que sería una manera en que la persona cuyos gametos se encuentran criopreservados o conforman un embrión no implantado pueda manifestar en forma fehaciente su voluntad procreacional. De esta manera estaría previendo la utilización de su material genético o embrión luego de producido su fallecimiento, o ante la imposibilidad física o mental de prestar su consentimiento informado en el momento de la implantación.

Por su parte, también podría utilizarse la figura del testamento mediante el cual dejar plasmada su decisión sobre el destino de su material genético (implantación en su pareja, donación o descarte), tal como fuere receptado por el proyecto de reforma y unificación del Código Civil.” (p. 6)

Coincidentemente con lo expuesto Caubet M S y Pellegrini M V (2019) sostienen que podría tenerse en cuenta la existencia de consentimiento si este fue dado previamente por escrito.

Exponen así:

"Tal como se estableció en las conclusiones del Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia (Mendoza, 2018), "el consentimiento en la filiación post mortem para que sea válido debe ser recabado por el centro de salud, con las formas que establece el art. 561; testamento; directivas médicas anticipadas; escritura pública o documento privado debidamente autenticado".

Compartimos lo expresado. Y agregamos que en el supuesto de que el consentimiento sea manifestado de forma clara y escrita, pese a no cumplir con alguna de las formalidades exigidas, podría considerarse un indicio fuerte a favor de la voluntad procreacional y en esos casos, sería factible la apertura a otros medios probatorios para fortalecer la intención del causante.

En esta línea se manifestó la Corte Suprema de California, al sentenciar que como ninguna persona o entidad tiene el suficiente interés que le permita interferir en la voluntad del fallecido, ordenó así la entrega del material genético a la mujer para después de la muerte de la pareja. En este caso el hombre cumplía una pena en prisión y había dejado varios documentos escritos que demostraban su deseo de tener un hijo luego de suicidarse.

Con el mismo foco resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Venezuela, en un precedente del año 2005, en el cual se manifestó a favor de la fecundación post mortem cuando el causante dejó en varios instrumentos por escrito su voluntad, pese a no haberlo hecho en el formulario del centro médico.

En ambos casos está presente la voluntad procreacional al igual que el consentimiento claro, expreso y escrito por parte del interesado. En estos procesos, creemos que debe primar el interés familiar, debe hacerse lugar a la demanda sin ser demasiado rígidos en cuanto a las formalidades, habilitando el uso, en suma, de otros medios probatorios, tales como, por ejemplo, la palabra de los testigos." (p. 6)

A su vez, a partir de la jurisprudencia (me remito a punto 3. 4 ANTECEDENTES) ha surgido también un rechazo mayoritario de la doctrina de que ese consentimiento anteriormente expresado sea dado "en representación". Así, se ha sostenido a partir de lo expuesto y el

reconocimiento de que la prestación del consentimiento es un acto personal debe ser dado por el fallecido, no admitiendo la representación.

2. Extracción de gametos (semen) post mortem

Además, nos encontramos con otro tema que es introducido por la Dra. Herrera M (2017) referente a los derechos personalísimos del fallecido si se solicitara la extracción de gametos.

"En total consonancia con esta supremacía de la voluntad en el campo de los derechos personalísimos, el citado art. 56 del CCyC, referido a los "Actos de disposición sobre el propio cuerpo", expresa: "Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.
Asimismo, cabe resaltar que el artículo anterior, el 55 refiriéndose de manera general a "Disposición de derechos personalísimos" dispone que "El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable".
De este modo, así como la ablación de órganos constituye una excepción a la regla, la extracción post mórtem de material genético caería dentro de la regla; es decir, no estaría alcanzada por la posibilidad de que terceros –por más interés que tengan- puedan decidir sobre un acto que depende sólo y únicamente de la voluntad de la propia persona." (p. 11)

Concluye luego diciendo:

"(…) ¿Acaso extraer material genético post mortem, por una orden judicial y sin el correspondiente consentimiento informado de la persona se puede considerar una solución respetuosa de los derechos humanos y "progresista"?

(…) la voluntad procreacional debe ser 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." (p.12)

Coincide con esto Durán y Pellegrini (2019) quienes postulan que:

"Es dable destacar que este derecho personalísimo a la determinación del propio cuerpo subsiste aún luego de fallecida la persona. Si bien el derecho personalísimo cesa con la muerte de su titular, cualquier acto de disposición del propio cuerpo no puede ser suplido por terceros. Ello por cuanto nunca se sabrá a ciencia cierta cuál habría sido la voluntad del difunto, a menos que haya dejado plasmada en forma expresa su voluntad." (p.2)

Al igual que el resto de la doctrina mayoritaria, Ferrer también apoya esa postura (me remito al punto 3. 2 CLASIFICACIONES según Ferrer), según él no hay autorización del marido para que se proceda de ese modo con su cuerpo con miras de satisfacer el deseo de la mujer.

Por último, cabe citar a Rodríguez Guitián (2018) quien sostiene:

"… el uso del material genético del difunto, con fines de reproducción tras su muerte, requiere un consentimiento personalísimo al estar implicados el derecho de autodeterminación y la integridad física: en caso de que la persona haya fallecido ya, es cierto que ha desaparecido la personalidad jurídica y con ello los mencionados derechos. Pero esto no implica, en función de lo que fue la dignidad de la persona, una total libertad en cuanto a la disposición y destino de los restos de la persona. Es cierto que puede permitirse las donaciones de órganos de personas fallecidas con fines terapéuticos y de investigación a falta de oposición expresa en vida de aquellas, y siempre con respeto a la voluntad de los familiares, pero es difícil el encaje del problema que aquí se está planteando, con la figura de las donaciones de órganos.

Porque no es indiscutible que el material genético pueda equipararse a cualquier otro órgano del cuerpo y porque es complicado considerar que el uso de tal material genético para la

procreación del cónyuge o pareja constituya una donación (ya que en este ámbito se caracteriza por ser anónimo)" (p. 42)

Es importante poner de resalto que, como lo ha dicho Cifuentes (2005): "Los derechos personalísimos constituyen una categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su propia condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión. En esta categoría quedan comprendidos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y también derechos al honor, a la identidad personal, a la intimidad como tutelares de la personalidad espiritual" (p. 227)

El interrogante versa en determinar si su compañera de vida tiene permiso para el acceso al cuerpo del difunto, con miras a la extracción de gametos. Aquí se puede encontrar una coincidencia absoluta en la doctrina ya que los autores han coincido en que la extracción de gametos post mortem vulneraría los derechos del fallecido.

3. Principio de no discriminación

Otra de las cuestiones a mencionar en lo referente al instituto es que hay quienes dicen que no permitir el acceso a la FPM podría ir en contra del principio que constituye uno de los vértices más importantes tanto del derecho interno como el internacional como es el principio de no discriminación.

Así Gil Domínguez ha referido que:

"es esencial el argumento central basado en la irradiación del art. 19 de la CN, sumado al derecho a la no discriminación como ápice axial de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Si todo lo que no está prohibido está permitido, mucho más aún cuando se trata del pleno ejercicio de derechos sin ninguna clase de discriminación vinculados a la descendencia. Es que cualquier obturación total en el acceso a la FPM configuraría una nueva categoría discriminatoria en relación con el acceso integral a la TRHA: la discriminación con motivo u ocasión de la finitud. Queda claro entonces —y esto es vital para todos los operadores del sistema judicial— que, al no existir ninguna regulación específica, la aplicación e

interpretación del art. 19 de la CN posibilita todas las clases de FPM, sin restricción alguna. La norma constitucional habilita la FPM respecto de:
a) parejas heterosexuales donde fallece el hombre;
b) parejas heterosexuales donde fallece la mujer;
c) parejas de la diversidad compuestas por mujeres donde fallece una de ellas y;
d) parejas de la diversidad compuestas por hombres donde fallece uno de ellos.” (p. 8)

En contraposición con lo expuesto ut supra, Duran y Pellegrini (2020) postulan:

“si bien la práctica de FPM no se encuentra prohibida, por lo cual sería de aplicación el art. 19 de la Constitución Nacional, no se pueden ignorar los requisitos necesarios para establecer la filiación por TRHA vigentes en el CCCN, debiendo establecerse como requisito primordial la existencia de una "voluntad procreacional expresa” (p.2)

4. Derecho a conocer los orígenes

Prima facie remito a lo expuesto sobre identidad en el punto 1.2 referente al CCC donde se menciona la modificación de la idea de identidad como consecuencia de las TRHA, inspirándose en un contenido de esta en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan a lo que se conoce como identidad en sentido dinámico. Cabe destacar, por último, que está en pugna uno de los principios generales en materia de Derecho de familia que es el derecho a conocer orígenes.
Por ello Galli Fiant expone:

“(…) nos lleva a un planteo final, que parte de la relevancia que reconocemos a la identidad genética como integrante de la identidad de toda persona, con independencia de las circunstancias en que fue concebido. ¿Cómo se puede proteger el derecho a la identidad de la persona concebida post mortem que no goza de un emplazamiento filial completo? La respuesta está —al menos en el derecho vigente— en el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes, aplicando por analogía lo previsto en el art. 596 CCC para el hijo adoptivo. Como toda persona humana, tiene derecho a conocer sus orígenes, incluidas las circunstancias que rodearon su concepción y la identidad de los aportantes de los gametos, y el camino para

satisfacer ese derecho no es otro que una acción autónoma (art. 596 in fine), se trate de un menor de edad o de un adulto. Como sucede en la acción ejercida por el hijo adoptivo, tampoco aquí se producirán efectos filiatorios ni, por ende, derechos sucesorios." (p. 7)

3. 7 EFECTOS EN DERECHO SUCESORIO Y FILIATORIO

Para finalizar, corresponde hacer referencia a los derechos filiatorios y sucesorios.

Cabe destacar que, como en las cuestiones referidas anteriormente, hay posturas contradictorias en la doctrina, las cuales surgen como consecuencia de un vacío legal creado en la normativa, lo cual da lugar a diversas interpretaciones.

En lo referente a la capacidad para suceder hay que hacer una mención especial.

A partir de agosto del 2015 comienza a regir Código Civil y Comercial, cuyo art. 2279, sobre las personas con capacidad sucesoria, dispone que son:
"*Artículo 2279: Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:*
a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;
d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento."

A partir de ello corresponde hacer un análisis de que es la capacidad para suceder, concepto nuevo que destierra el antiguo "personas que pueden suceder" del que hablaba Vélez Sarsfield.

La capacidad para suceder fue definida por Pérez Lasala (2014) como "la aptitud que posee aquel que tiene vocación y delación hereditarias para adquirir la herencia" (p. 238)

A partir de ello cabe diferenciar tal concepto de “vocación sucesoria” y “delación”, tal como lo expone Ferrer (2017):

“No es lo mismo que la vocación sucesoria, que nace con la apertura de la sucesión, y consiste en el llamado genérico y eventual a recibir una herencia concreta a todos los que pueden suceder al causante, en virtud de un título habilitante fundado en la ley o en el testamento del causante.

Y también hay que distinguirla de la delación, la cual significa no sólo ser convocado a suceder eventualmente, como la vocación, sino en el ofrecimiento concreto de la herencia a los herederos que se encuentran en condiciones inmediatas de aceptarla o repudiarla, porque no los afecta la sanción de indignidad ni tienen herederos preferentes que los releguen. Es decir, la delación consiste en la atribución del derecho a aceptar o repudiar la herencia, denominado ius delationis o derecho de opción, y, por lo tanto, el derecho a convertirse ya en heredero mediante la aceptación.

La capacidad para heredar es el presupuesto para que funcione la vocación sucesoria y la delación.

Se trata de una capacidad de derecho, porque se refiere al goce o titularidad del derecho a heredar, que no hay que confundir con la capacidad requerida para aceptar o repudiar la herencia, que es capacidad de ejercicio, la capacidad de una persona para ejercer por sí misma los derechos de los cuales es titular. Toda persona, natural o jurídica, tiene capacidad para heredar, excepto disposición contraria de la ley. Obviamente las personas jurídicas carecen de vocación sucesoria legal, porque ésta deriva de los vínculos familiares, pero pueden suceder por disposición testamentaria.” (p.2/3)

El CCCN establece expresamente inhabilidades especiales para suceder por testamento. Es decir, establece una prohibición legal de que a través del testamento se favorezca a personas que pueden haber influenciado en la voluntad del testador, por lo que como sanción se establece la nulidad de la cláusula.

Dentro de ella encontramos a los tutores, curadores, escribanos, testigos, entre otros.

Cabe ahora realizar un análisis en profundidad del inciso que respecta a este trabajo que es el inciso "c", el cual se refiere a personas nacidas luego de la muerte del causante por TRHA.

Como ya se expuso, en el texto del CCyC aprobado por la ley 26.994 se modifica el artículo 563 y se suprime la posibilidad de que la persona de su consentimiento para que los embriones se transfieran a la mujer dentro del año posterior al fallecimiento, y el artículo 2779 remite al artículo 561 que, como ya se expuso, dice "*La instrumentación de dicho consentimiento (informado del art. 560) debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*".

Con las reformas introducidas, al suprimirse la FPM y establecer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin más aclaraciones, como consecuencia de la supresión de lo establecido en el Anteproyecto, quedamos en una situación compleja debido a que la remisión al artículo 561 no soluciona las cuestiones, lo cual al parecer para la mayoría de la doctrina no ha sido más que un error legislativo el hecho de remitirse a un artículo que en realidad no despejaría sino despertaría más dudas.

Claro está, según surge del articulado, que para que exista filiación y derecho sucesorio del hijo nacido con auxilio del tratamiento médico, respecto del progenitor fallecido, ambos usuarios de la técnica tienen que haber prestado y suscripto el consentimiento informado del artículo 560, con las formalidades del artículo 561, y además renovado ese consentimiento antes de proceder a la utilización de los gametos o de la implantación del embrión.

Entonces, como dice Padovan (2015):

"O sea, la mujer tiene que haber sido fecundada, o el embrión tiene que haber sido implantado con el consentimiento renovado de ambos usuarios a la fecha de la muerte del esposo o conviviente de la mujer, para que el recién nacido a través de este procedimiento tenga vínculo filiatorio y derecho hereditario con respecto a ambos progenitores y pueda suceder al fallecido, siempre que nazca con vida (art. 21, 562 y 2279, incisos a y b). Por lo tanto, si el hombre falleció antes de renovar su consentimiento para la transferencia del

embrión, el consentimiento inicial que prestó queda privado de efectos y la mujer impedida de obtener la implantación del embrión, que será descartado y destruido como una cosa inservible, o destinado a la investigación, privándolo de la posibilidad de continuar su desarrollo vital (…)

(…) Parece incuestionable que tales nacimientos son hoy en día técnicamente posibles, no se encuentra prohibida la crioconservación ni de gametos, ni de embriones en consecuencia creemos que debe interpretarse el CCyC en forma integral y establecer que quienes nazcan por técnicas de fecundación humana asistida realizadas post-mórtem no tienen derechos hereditarios, cuando al momento de su muerte el progenitor fallecido no hubiera renovado el consentimiento para la utilización de gametos o de embriones. Y que no es válido que en un testamento se autorice la utilización de gametos congelados, ni de embriones no implantados, porque el testamento tiene efectos post mortem y la voluntad procreacional debe ser otorgada antes de la muerte del causante.

Lo que ocurre es que se requieren dos consentimientos; uno es el consentimiento para la realización de la técnica en sí y otro es el consentimiento particular para cada vez que se va a utilizar el material genético o implantar embriones, el fundamento de este doble consentimiento está dado porque la base de la técnica es la voluntad, que debe existir al momento de la implantación." (p. 2)

Por eso es que, según Padovan, no tendría derechos sucesorios ya que el consentimiento que exige el CCCN, no basta que no sea revocado, sino que debe renovarse cada vez que se lleve a cabo la TRHA, salvo que se llevara a cabo la renovación del consentimiento previo a su fallecimiento. A diferencia con lo que se expuso anteriormente, la voluntad no podría ser expresada en el testamento.

Ferrer (2017) coincide con Padovan prohibiendo los derechos sucesorios, previendo a ese principio una excepción que se produciría cuando la TRHA ya se hubieran iniciado y el hombre fallece, existiendo un embrión, al cual le adjudica derechos sucesorios por su postura de que el embrión debe ser considerado persona con derecho a la vida:

"En consecuencia, siendo el embrión no implantado un ser humano concebido, al igual que el embrión en el seno materno, tiene derecho a la vida, a continuar su desarrollo y a nacer, por lo cual, por esta primordial consideración al nuevo ser, no se puede negar el derecho de la mujer a solicitar y lograr la transferencia e implantación del mismo, a fin de llevar adelante el

embarazo y parto. Una vez nacido, tendrá filiación paterna y derecho sucesorio con relación al hombre del cual provino el elemento genético y que prestó el consentimiento informado a la aplicación de la técnica, por la sencilla razón de que ya estaba concebido al momento del fallecimiento de aquel. Lo opuesto ocurre para los gametos." (p. 10)

En cuanto a la filiación es fundamental resaltar que para el análisis de filiación se remite a lo expuesto en el punto 1. 2 referente a la regulación del CCC.

Prima facie, y por lo expuesto ut supra en el punto 3. 2 sobre ANTECEDENTES, es destacable que el Anteproyecto regulaba la filiación post mortem.
Como ya se dijo, la regla era que en caso de muerte del cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se produjo antes del fallecimiento.

No obstante lo expuesto, esa regla contaba con una excepción: se generaba vínculo filial frente a la concurrencia de dos requisitos: que existiera consentimiento previo, en los términos del art. 560 CCCN o por testamento y que la concepción en la mujer o la implantación del **embrión** en ella se produjera dentro del año siguiente al deceso. Dicha redacción habilitaba únicamente vínculo filial de los embarazos producidos por transferencia post mortem de embriones crioconservados, con un límite temporal preciso, sin referirse a los gametos.

A pesar de la regla general que preveía el anteproyecto, sobre la base del análisis de Art. 3º Convención sobre los Derechos del Niño; art. 706 CCCN; art. 3º de la ley 26.061; y la Obs. Gral. Nº 14 del Comité sobre los Derechos del Niño, en primer lugar, nos encontramos con una postura a favor de la determinación de la filiación entre el fallecido y el nacido por FPM. Así Duran y Pellegrini (2020) postulan que:

"no falta quienes sostienen que podría autorizarse la realización de la técnica de FPM sin establecerse la filiación entre el difunto y el niño o niña nacido de la práctica. En ese caso, considero que conculcaría los derechos fundamentales de ese niño o niña, como ser su derecho a conocer sus orígenes, el derecho a la identidad y su interés superior" (p.3)

En cambio, por otro lado, otra postura sostiene que no procedería establecer la filiación entre el difunto y el nacido por esta práctica producto de la utilización de gametos, como Galli Fiant (2017) quien expone sobre la base del análisis del fallo resuelto por el Juzgado Nacional Civil N° 87 (al punto 3.2 ANTECEDENTES se remite):

"En caso de que las TRHA resulten exitosas y nazca un hijo de la Sra. C.P.N.O. gestado con semen del causante: ¿puede lograr un emplazamiento filiatorio? Creemos que la respuesta es negativa, al menos por la vía administrativa. Si bien en los considerandos se hacen permanentes referencias a la paternidad deseada por el causante, la resolución se limita a autorizar la utilización de su semen crioconservado, pero nada adelanta —no podría hacerlo— sobre la filiación paterna de la persona que pueda nacer como resultado de tal práctica.

La sentencia autoriza la utilización de gametos extraídos post mortem con fines reproductivos, a favor de la peticionante. Es evidente que las reglas para la determinación de la filiación por TRHA no se encontrarán satisfechas y que ni siquiera lo estarían de haberse aprobado el texto del 563 del Proyecto, por lo que el nacido no tendrá filiación paterna.

Creemos que el gran defecto de la argumentación de la sentencia está en confundir la voluntad procreacional con la voluntad de ser progenitor, pues el concepto de la primera, como causa fuente del vínculo filial en la gestación médicamente asistida, implica necesaria y excluyentemente la expresión de un consentimiento previo, informado, libre, formal y sostenido, mientras que la voluntad de ser progenitor puede emerger de palabras, acciones o incluso inferirse de ciertas conductas de una persona. El fallo termina equiparando la voluntad procreacional a un consentimiento presunto o deseo demostrado.

En síntesis, el hijo que nazca en estas circunstancias gozará de filiación materna, determinada por el parto. ¿Podría lograr, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, un emplazamiento paterno con respecto al varón cuyo semen fue utilizado para su gestación? Si estuviese vigente el art. 563 del Proyecto, la respuesta sería negativa (recordemos que la norma proyectada decía "... no hay vínculo filial"). Con los textos aprobados, tampoco es admisible el ejercicio de acciones en la filiación por TRHA. Sin filiación paterna tampoco habrá vocación hereditaria" (p. 7)

A su vez, Ferrer (2018), quien distingue a la FPM según se trate de embriones o gametos (como ya se expuso) hace una especial mención a la inseminación de gametos crioconservados o extraídos post mórtem:

"La solución es distinta si se trata de inseminación post mortem. La solución conforme al derecho común es la siguiente: el hijo será matrimonial si nace dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio por muerte del marido porque naciendo dentro de dicho plazo máximo del embarazo la ley lo presume hijo de aquel, porque ya estaba concebido a la fecha de su muerte (art. 566, CCCN). Pero si la mujer se hace fecundar con semen congelado de su marido o conviviente prefallecido, sin que el marido o conviviente haya consentido expresamente la utilización de su semen, y el hijo nace de este procedimiento después de vencer aquel plazo, no tendrá, en principio, filiación paterna ni derecho hereditario en relación con el hombre del cual provino el elemento fecundante, pues así surge de los arts. 560 y 562 y 2279, inc. b), CCCN. El hijo será extramatrimonial de la madre (arts. 566 y 575, CCCN). Para establecer el vínculo jurídico de la filiación paterna, la madre, en representación de su hijo menor, o este cuando llegue a la mayoría de edad, deberán entablar la acción de reclamación de la filiación contra los herederos del progenitor fallecido (art. 582, CCCN.), fundados en el principio de la verdad biológica, y con la prueba del ADN podría demostrarse el vínculo filial. Pero todavía encontrarán el obstáculo de la prohibición del ejercicio de esta acción respecto de los hijos nacidos de estas técnicas (arts. 577 y 582, último párrafo, CCCN).

¿Y en cuanto al derecho hereditario? Aun cuando eventualmente prospere la acción filiatoria, mediante la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas, y el juez declare que el accionante es hijo biológico del hombre que suministró el elemento genético, no lo podrá heredar porque se lo impedirá el art. 2279, incs. a) y b): el hijo no existía ni estaba concebido a la fecha de la muerte de aquel hombre. O sea, no existe la condición necesaria exigida por la ley para tener capacidad de heredar al causante.

Y por el mismo motivo, tampoco podría heredarlo por vía testamentaria (art. 2279, incs. a y b). Este hijo póstumo podrá adquirir todos los derechos derivados de la filiación (llevar el apellido paterno, derecho a alimentos, a heredar a los parientes por consanguinidad, derecho de visitas), excepto el de heredar a su progenitor biológico por la forma y época en que se produjo la concepción, que incumple la condición puesta por el derecho vigente a la vocación sucesoria: la existencia del sujeto a la fecha de apertura de la sucesión.

Sin embargo, existiría la posibilidad de que el causante lo instituya como beneficiario de un

fideicomiso testamentario, pues el art. 1671, Cód. Civ. y Com. autoriza a nombrar beneficiario a persona no existente a la fecha del contrato de fideicomiso, pudiendo adecuarse dicha norma al fideicomiso testamentario, conforme al sistema de la citada ley. El beneficiario de un fideicomiso testamentario técnicamente es un legatario de frutos o prestaciones periódicas, conforme al derecho sucesorio, y en este caso podría ser un futuro hijo del testador, no existente a la fecha de su muerte, siempre que el testador haga constar los datos que permitan su individualización futura (art. 1671).” (p. 6)

CONCLUSION

Prima facie, cabe recordar cual era la hipótesis de este trabajo, la cual establecía:

"La Fecundación Post Mortem requiere una legislación específica, que regule los diversos supuestos que pueden suscitarse mediante la aplicación de las TRHA, como así también los efectos jurídicos derivados de su implementación".

Partiendo desde la base de dicha hipótesis, y luego del extenso desarrollo sobre la FPM es que se verifica la veracidad de la misma.
A su vez, se puede destacar que se han mantenido los objetivos planteados en el desarrollo del trabajo, a pesar de encontrar ciertas dificultades por la carencia de legislación y la abundancia de posturas doctrinarias.

Es necesario insistir con el punto, ya dicho por la doctrina mayoritaria y el cual comprueba la veracidad de la hipótesis del presente trabajo, referente a la necesidad de la regulación de la FPM.

El vacío legal no ha sido la mejor solución y se ha visto en los casos de jurisprudencia planteados, donde se deja la resolución del caso particular a arbitrio de la interpretación del juez, quien, si bien mayoritariamente han decidido hacer lugar a la FPM, lo cierto es que hay dos casos donde no se permitieron.

Además de ello, ha generado una brecha doctrinaria, donde hay quienes sostienen, como ya se expuso, que esta técnica debe ser regulada favoreciendo a la mujer que quiere acudir a la FPM y quienes dicen que no.

Por ello es que debe regularse atinente a cualquiera de los destinos posibles que plantea la doctrina.

No obstante, la doctrina a pesar de sus disidencias ha planteado lineamientos generales en los cuales coinciden:

- Uno de ellos es que la FPM debe ser permitida cuando se trate de embriones crioconservados. En el caso de los gametos crioconservados antes de la muerte del cónyuge o conviviente de la mujer hay diferentes posturas.
- Otra de las cuestiones planteadas donde hay coincidencia mayoritaria es que la extracción de gametos o semen post mortem debería prohibirse por ser una práctica contraria a los derechos personalísimos del difunto y los derechos a decidir sobre su propio cuerpo prestando su consentimiento, hecho que no puede concretarse a través de un tercero.

  Partiendo desde los arts. 59 y 561 del CCyC que han establecido la forma y las condiciones que exige la ley para la realización de la TRHA, y que la ley es clara al decir que en el caso de la falta de consentimiento la práctica médica no puede llevarse a cabo y ante la necesidad de observar la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (arts. 2, 5 inc. b y 10), resulta imposible concluir que hay consentimientos presuntos para la extracción de gametos después de la muerte.
- Por último, otra de las coincidencias doctrinarias se relaciona con el tiempo para llevar a cabo el proceso de transferencia a partir de la muerte del cónyuge o conviviente de la mujer, coincidiendo, en general, en que el plazo de un año planteado por el Anteproyecto del CCCN era acertado. El fundamento de ello radica en que de esta manera se asegura que la voluntad procreacional lo sea en el marco de un determinado proyecto parental.

El hecho anteriormente mencionado, es decir, que la figura y sus efectos no estén regulados, ha generado un tipo de inseguridad jurídica, poniendo en riesgo derechos que son trascendentales para la materia del Derecho de Familia como son el derecho a la salud, la identidad, la no discriminación, el derecho a formar familias, entre otros, dejando a libertad del juez la decisión.

Si se quiere un cambio formal en el territorio argentino que acompañe a la realidad en la que vivimos es necesario una regulación apta, ya sea con la modificación en el CCCN o a través de una ley especial, que se adecue al avance de la tecnología, y que incluya reglas atinentes a los efectos sucesorios y filiatorios, cuestión que también ha dejado muchas dudas y generado discrepancias.

Dentro de los puntos que merecen especial tratamiento para una futura regulación, además de reglas claras de la FPM y sus efectos sucesorios y filiatorios, es el atinente al consentimiento, el cual como ya se ha dicho, constituye requisito fundamental para las TRHA, género de la FPM, ya que forma parte de una de las especies.

Respecto de la modificación del CCCN se han presentado dos variantes:

Por un lado, se encuentra el Anteproyecto de ley, el cual luego no fue sancionado, el que, como lo expuso Herrera M., dejaba de lado la regulación atinente a los gametos. Además, el hecho de solo regular los embriones, sobre la base de la postura mayoritaria y expuesta por la CIDH en Artavia Murillo, la cual considera que el embrión no implantado no es persona, carecería de lógica. Tampoco incluye la extracción compulsiva de gametos luego de fallecido el integrante de la pareja, que también contraría la postura de la CIDH e incluso al propio texto del art 19 que se proponía en el anteproyecto en su redacción original, realizando un tratamiento desigual entre los gametos y embriones, cuestión que ha quedado más que claro que para la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia no debería producirse. En este punto la disidencia minoritaria que sostienen algunos autores, como Ferrer o Lafferiere, se basa en que nuestro país no fue parte en ese juicio, por lo tanto, la sentencia jurídicamente no es vinculante, como lo establece el art 68.1 de la misma Convención.
No obstante, el fallo mencionado ha sido considerado por la jurisprudencia argentina como un lineamiento a la hora de resolver.

Por otro lado, se encuentra el Proyecto de Ley presentado en el corriente año en el mes de mayo, que prevé como regla general la prohibición de la FPM ante el fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja, pero excepcionalmente, si se dan los requisitos ya expuestos de forma conjunta, podría llevarse a cabo.
A su vez prohíbe la extracción de material genético post mortem, reduciendo la posibilidad de

permitir dicha práctica a que ésta, además de cumplir con los dos requisitos, se lleve a cabo con material genético extraído con anterioridad al fallecimiento, o bien con embriones, contrariando lo impuesto por la CIDH.

Por último, si bien, la Ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 tratan y garantizan el acceso igualitario de las TRHA a personas que desean someterse y sostienen el anhelo de formar una familia, la verdad es que todavía restan reglamentaciones especiales relacionadas con la materia, y que sean abarcativas de las múltiples situaciones que hoy se presentan.

Es muy importante señalar que la tarea de regular el instituto de la FPM es compleja y dificultosa debido a una gran disparidad de opiniones de diferentes sectores. Por un lugar se encuentra la Iglesia Católica y un sector mayormente conservacionista, quienes defienden que, velando por el interés superior del niño, no cabría hacer lugar a estas prácticas y que nazca un niño huérfano, contemplando el interés egoísta de los adultos en tener descendencia, o tal vez, posibilitando el acceso a la mujer a cuestiones patrimoniales.

No obstante, hay quienes postulan que, en realidad, solo nacería sin un doble vínculo filial, concordante a las nuevas formas de familias que ha dado lugar el CCC (dentro de las cuales se incluye la familia monoparental), sin que ello deje de lado el hecho de que el niño reciba la contención necesaria. Sostienen, además, que es necesario velar por una regulación que tenga en cuenta el derecho a formar una familia por parte de la mujer que tenía un proyecto con su cónyuge o conviviente, y que se vio frustrado por el fallecimiento del mismo. Cabe aclarar, como señala Herrera M, que también hay otros sectores quienes, desde la perspectiva de los derechos humanos y adjetivándose de progresistas, sostienen que se debería dar lugar a cualquier caso de FPM, vulnerando otros derechos, fundamentalmente los derechos personalísimos.

Como puede apreciarse existen aspectos relacionados con el instituto en estudio que no fueron tratados dada la extensión y complejidad de los mismos, hecho que fue tenido en cuenta al establecer los límites del presente trabajo, y considerados al plantear los objetivos. Estos temas, de gran interés y actualidad merecerían también un análisis en profundidad, ya que, al igual que la FPM en parejas heterosexuales donde fallece el hombre, no han recibido la regulación necesaria. Se hace alusión así a la gestación por sustitución como consecuencia de

una pareja conformada por dos hombres o una heterosexual donde fallece la mujer o homosexual de dos mujeres donde muere una de las ellas. También se ha dejado de lado la regulación atinente a la FPM donde muere quien iba a llevar a cabo la gestación y su pareja quiere recurrir a una TRHA.

Es manifiesta la falta de regulación en materia de TRHA y sus diversidades y el vacío legal de la FPM que ha generado muchas dudas que por hoy solo pueden ser resueltas por los magistrados.

En conclusión y para finalizar, como lo ha señalado George Bernard Shaw: “La ciencia nunca resuelve un problema sin crear otros diez más”.

Y finalmente, citando a Herrera M (2017) “bienvenidas las distintas voces jurisprudenciales provenientes de diferentes latitudes para mostrar y demostrar que la FPM ostenta varias facetas e involucra disímiles intereses y derechos sobre los cuales aún restan indagar y profundizar” (p.18).

Si el presente trabajo colabora con esto, el objetivo está cumplido.

BIBLIOGRAFIA

1. Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica s/ Fecundación in Vitro, Sentencia 28/11/2012, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (fallo completo)

2. Carbajal M., "Autorizan la extracción de semen de un hombre fallecido. Para que haya vida tras la muerte" Página 12. Disponible al 8/8/12 en http://www.pagina12.com.ar/1999/99-11/99-1103/pag21.htm

3. Carnaval A. A. (2019) Jurisprudencia Francesa. RDF 88 11/03/2019, 239

4. Caubet M. S., Pellegrini M. V. (2019) El muerto que habla. DFyP 10/04/2019, 199

5. "C. E. s/autorización", Sentencia 05/02/2020, elDial.com - Editorial Albremática, AABA62, publicado el 03/03/2020

6. Chechile A. M. (2015) Derecho de Familia conforme al CCCN. 1 ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot

7. Cifuentes, Santos (2005) "Derechos personalísimos" Astrea, 3 ed. 2005

8. "C., M. S. s/ autorización judicial", sentencia 25/11/2016 por el Juzgado de Familia de Casilda (Expte. 898/16)

9. "Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 1ª imp., ps. 185-186

10. Ditieri, M; Cortese, G. B.; González Demaría, Y. G. (2018) Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión- Lack of legislation to face new realities, surrogacy and post-mortem filiation bills and

the consequences of their elimination. Derecho y Ciencias Sociales. (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del CCC). Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP. 4/ 2018. Nº 18

11. D., M. H. y otros s/autorización. Sentencia del 27/11/2017 ratificada el 3/03/2018 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B. https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20200820142656026

12. Famá, María V., "Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida", Ed. La Ley, Bs. As., 2017

13. Ferrer, F. A. M (2018) La fecundación post mortem. LA LEY, 9/10/2018, 1034

14. Ferrer, F. A. M. (2015) Personas que pueden suceder al causante. LA LEY, 13/3/2015, 91

15. Fidalgo Feliciano, “Corine Parpalaix”, Diario El País, Ed impresa lunes, 9 de julio de 1984, https://elpais.com/diario/1984/07/09/ultima/458172005_850215.html, 28 de octubre de 2020

16. Galli Fiant, M. M. (2017). Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio. DFyP 11/05/2017, 197

17. “G.A.P s/ Autorización”, Tribunal de Familia n° 3 de Morón, 21 de noviembre de 2011

18. Gil Domínguez, Andrés, "Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar", LA LEY del 03/08/2016; LA LEY 2016-D-542, cita online: AR/DOC/2171/2016

19. González Durán, P. (2020) Fertilización post mortem y la necesidad de su reglamentación. RDF 2020, 10/08/2020, 129

20. Herrera, M (2017) Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada. Revista IUS, vol 11, núm. 39, 2017

21. Herrera, M. (2017) Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Indret-Revista para el análisis del Derecho, 1-2017

22. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 3, 03/11/2014, "K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo", La Ley online, cita: AR/JUR/53958/2014

23. Krasnow, A. N (2016) El título preliminar del CCC y su incidencia en la filiación por TRHA. Un abordaje posible desde la visión de sistema. RDF 76, 07/09/2016, 99

24. Krasnow, A. N. (2016). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial. Revista de Bioética y Derecho, Nro. 37, 69-84

25. Laferriere, J. N. (2018) La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial. LA LEY, 11/07/2018, 6

26. León, V. (2020) El comienzo de la persona y las técnicas de reproducción humana asistida: cuando la creencia es más fuerte que el derecho. RDF 2020, 10/06/2020, 30

27. Morgan, D., & Lee, R. (1997). In the Name of the Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly. *The Modern Law Review*, *60*(6), 840-856. Retrieved November 2, 2020, from http://www.jstor.org/stable/1097503

28. "N. O. C. P. s/ autorización" resuelto por el Juzgado Nacional Civil N ° 87, 05/05/2016. http://www.casi.com.ar/sites/default/files/fallo%20autorizan%20gametos%20del%20fallecido%20nocp-s.-autorizacion.pdf

29. “La vida después de la muerte” Diario Judicial- La actualidad desde el Derecho. 14/06/2016 Edicion 6113. ISSN 1667-8486 https://www.diariojudicial.com/nota/75405

30. Padovan, F. (2015) Derecho sucesorio. Condición de los embriones no implantados frente al causante. Infojus, 14/10/2015

31. Pérez, A. (2016) Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida. Recuperado 8/8/2020, de http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf

32. Pérez Lasala, José L., "Tratado de sucesiones", Rubinzal Culzoni Editores, S Fe-Bs.As., 2014, t. I.

33. Proyecto de Ley sobre la Fertilización Post Mortem: Incorporación del art. 561 bis y modificación de los arts. 562 Y 2279 del Código Civil Y Comercial de la Nación, EXPE 2149-D-2020, 19/05/2020

34. Rodríguez Guitián Alma M., “Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem”, publicado en www.colectivoderecho de familia.com en Cám. Civil, Sala B D., M.H s/ autorización, Expte. 3263/2017, abril de 2018. Inédito)

35. Roveda, E. G.; Medina, G. (2016) Derecho de Familia. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot

36. Salituri Amezcua, M. M. (2017) Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. Ministerio de Salud de la Presidencia de la Nación, Organización Panamericana de Salud y Organización Mundial de la Salud, 3/2017

37. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario – Mendoza, 07/08/2014, “S., M. C. s. Medida autosatisfactiva”, Rubinzal Culzoni, RC J

6303/14.

38. Thomson Reuters (2020). El CCC 5 años de vigencia. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. LA LEY, 11/08/2020, 11

39. Trib. Fam. n. 3 Morón, 21/11/2011, "G., A. P.", Revista de Derecho de Familia nº III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 119.

ANEXOS

ANEXO 1

FICHA TECNICA S/ “ARTAVIA MURILLO Y OTROS C/COSTA RICA” DE LA CIDH

(Fallo completo en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

SECCIÓN A: DATOS DEL CASO			
1	Nombre del caso		Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica
2	Víctima(s)		Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza
3	Representante(s)		- Boris Molina Acevedo - Gerardo Trejos Salas
4	Estado demandado		Costa Rica
5	# Petición/Caso ante la CIDH		12.361
6	# Caso ante la Corte IDH		Serie C No. 257
7	Tipo(s) de sentencia(s) y fecha(s)		Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2012 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
8	Sumilla		El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro.
9	Palabras claves		Personas con discapacidad; Familia; Garantías judiciales y procesales; Derecho a la honra y la intimidad; Dignidad; Igualdad ante la ley; Derecho a la integridad personal; Libertad personal; Protección judicial; salud; Vida privada; Bioética; Derecho a la familia
10	Campo multimedia		https://vimeo.com/album/2058862 http://www.flickr.com/photos/corteidh/sets/72157631438571818/
11	Derecho(s)	Convención Americana sobre Derechos Humanos	- Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos) - Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) - Artículo 4 (Derecho a la vida) - Artículo 5 (Derecho a la integridad personal) - Artículo 7 (Derecho a la libertad personal) - Artículo 8 (Garantías judiciales) - Artículo 11 (Protección de la honra y de la dignidad) - Artículo 27 (Protección a la familia) - Artículo 24 (Igualdad ante la ley) - Artículo 25 (Protección judicial)
		Otro(s) tratado(s) interamericano(s	No se consigna
12	Otro(s) instrumento(s) internacional(es) citado(s)		- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina - Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

		- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Convención sobre los Derechos del Niño - Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre - Declaración de las Naciones Unidas sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad - Declaración de los Derechos del Niño - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"

SECCIÓN B: DESARROLLO DEL CASO

13. Hechos

- Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000.

- El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo.

- Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

14. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Fecha de presentación de la petición: 19 de enero de 2001

- Fechas de informes de admisibilidad (25/04): 11 de marzo de 2004

- Fecha de informe de fondo (85/10): 14 de julio de 2010

15. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 29 de julio de 2011

- Petitorio de la CIDH: La CIDH presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna,

Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

- Petitorio de los representantes de las víctimas: El representante Molina alegó la violación de los artículos 17.2, 11.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa. El representante Trejos Salas alegó la violación de los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa.

- Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 5 y 6 de septiembre de 2012

16. Competencia y Admisibilidad

I. Excepciones Preliminares

1.1. Falta de agotamiento de recursos internos

24. La Corte observa que lo primero que procede determinar en relación con esta excepción es el tipo de alegatos que presentó el Estado antes de la emisión del informe de admisibilidad, es decir, en el momento procesal oportuno para plantear esta excepción. Al respecto, el Estado sólo presentó un escrito en relación con este tema, el 23 de enero de 2004, en el que señaló que una de las víctimas "podría haber acudido en amparo". El escrito donde el Estado analizó la posible idoneidad de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver el presente caso fue presentado en 2008, cuatro años después de emitido el informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte considera que los argumentos planteados en relación con la necesidad de agotar procedimientos contencioso administrativos o demandar la omisión en la regulación del procedimiento de la FIV según los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, resultan extemporáneos y el análisis se concentrará en los alegatos en torno al recurso de amparo.

27. (...) [E]l Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el presente caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (...). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma Sala sería la que hubiera tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declaración de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.

28. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

1.2. Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña

33. En el presente caso, la petición inicial fue presentada el 19 de enero de 2001. En ese momento el entonces representante legal de las víctimas no había hecho una determinación

específica e individualizada de las presuntas víctimas. La inclusión de la señora Espinoza y del señor Jiménez ocurrió a través de un escrito presentado el 10 de octubre de 2003. En el proceso ante la Corte ha sido informado que la señora Espinoza se enteró de su infertilidad en julio de 2002.

36. Por tanto, la Corte considera que, en el presente caso, no encuentra elementos para apartarse de la decisión de admisibilidad adoptada por la Comisión Interamericana, ya que: a) sigue en vigor la Sentencia emitida por la más alta instancia de la jurisdicción constitucional, b) las víctimas no tenían por qué tener conocimiento de su situación de infertilidad al momento en que se emitió dicha Sentencia, y c) se interpuso la petición en el año siguiente al momento de conocer que dicha Sentencia impediría el acceso a la FIV.

37. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

1.3. Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda"

40. Tal como ha sido señalado, las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar. En el presente caso, la Corte considera que no corresponde pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis corresponde al fondo del caso (...). Asimismo, los alegatos planteados por el Estado al interponer la excepción preliminar serán tomados en cuenta al establecer los hechos que este Tribunal considera como probados y determinar si el Estado es internacionalmente responsable de las alegadas violaciones a los derechos convencionales, así como al precisar el tipo de daños que eventualmente podrían generarse en perjuicio de las presuntas víctimas. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

II. Competencia

41. La Corte Interamericana es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

17. Reconocimiento de responsabilidad internacional

No se consigna

18. Análisis de fondo

I. Derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación

1.1. Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

144. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana queno se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

147. En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. (...)

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. (...)

149. (...) La salud reproductiva implica (...) los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

151. En el presente caso el Estado considera que los derechos mencionados podían ejercerse de diversas maneras, bajo el supuesto de que no existía una prohibición absoluta de la FIV. Este aspecto ha sido controvertido por las demás partes. Por tal razón, la Corte determinará a continuación si existió una restricción de los derechos que se han mencionado para luego analizar la justificación que hizo el Estado para sustentar tal restricción.

1.2. Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

162. Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada. Antes de entrar a efectuar un juicio de proporcionalidad al respecto, el Tribunal estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención Americanaobliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones.

1.3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

172. Hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en

la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

173. (...) Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

a) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

176. En el presente caso, la Corte observa que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efectola FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

185. (...) [R]especto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientospueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonodatropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.

Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. (...)

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

190. Por otra parte y tomando bajo consideración que el artículo 4.1 es asunto materia de la discusión del presente caso y lo fue en el ámbito de lo debatido ante la Sala Constitucional, el Tribunal estima pertinente interpretar dicho artículo utilizando los siguientes métodos de interpretación, a saber, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica.

b) Interpretación sistemática e histórica

244. La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

c) Interpretación evolutiva

246. En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención (...). Por tanto, la Corte analizará dos temas en el marco de la interpretación evolutiva: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

- El estatus legal del embrión

253. (..) [L]a Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

- Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas especificas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

d) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

263. (...) [L]a Corte concluye que el objeto y fin de la clausula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos

e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

e) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

1.4. Proporcionalidad de la medida de prohibición

272. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. A continuación se analizará la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de estos derechos.

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el "derecho absoluto a la vida del embrión" como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (...), razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión.

274. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

276. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad; iii) el género, y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluará: v) la controversia sobe la alegada pérdida embrionaria.

a) Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

...

279. En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada.

281. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para

superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV (...).

282. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. (...)

284. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

b) Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

287. La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se entra a analizar si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

- Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

289. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante "CDPD") se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. (...)

291. En (...) [El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad] se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. (...)

293. Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (...), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

- Discriminación indirecta en relación con el género

294. La Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad.

302. La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

- Discriminación indirecta en relación con la situación económica

303. Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero. (...)

c) Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

309. No le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte.

311. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual "[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]". El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (...).

313. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observa que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.

d) Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

316. (...) La Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (...), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.

1.4. Conclusión final sobre el fondo del caso

317. Por todo lo anteriormente reseñado durante el presente capítulo, la Corte declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

19. Reparaciones
La Corte dispone que, - La Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas constituye *per se* una forma de reparación. - El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El Estado debera informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto. - El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas. - El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto. - El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas. - El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma. - El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial. - El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos. - El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma. - La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.
20. Puntos resolutivos

La Corte decide,

- Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado

La Corte declara que,

- El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

21. Voto(s) separado(s)	
Nombre	Juez Diego García-Sayán
Tipo de voto	Voto Concurrente (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)
Nombre	Juez Eduardo Vio Grossi
Tipo de voto	Voto Disidente (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

SECCIÓN C: ACTUACIONES POSTERIORES A LA SENTENCIA		
22	**Sentencia de interpretación**	No se consigna
23	**Supervisión de cumplimiento de sentencia**	No se consigna

ANEXO 2

REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA

Ley 26.862

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

Sancionada: junio 5 de 2013

Promulgada de Hecho: junio 25 de 2013

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de
Ley:

"ARTICULO 1° — *Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida."*

"ARTICULO 2° — *Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo.*
Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.
Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación."

"ARTICULO 3° — *Autoridad de aplicación. Será la autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación."*

*"**ARTICULO 4° —** Registro. Créase, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones."*

*"**ARTICULO 5° —** Requisitos. Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación."*

*"**ARTICULO 6° —** Funciones. El Ministerio de Salud de la Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación y para llevar a cabo el objeto de la presente, deberá:*
a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente;
b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas;
c) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.
d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida."

*"**ARTICULO 7° —** Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer."*

*"**ARTICULO 8° —** Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones*

obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen:

a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación.

Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro."

***"ARTICULO 9° —** Presupuesto. A los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación deberá proveer anualmente la correspondiente asignación presupuestaria."*

***"ARTICULO 10. —** Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes."*

***"ARTICULO 11. —** La presente ley será reglamentada dentro de los noventa (90) días de su publicación."*

***"ARTICULO 12. —** Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional."*

DELGADO LATREITE, Martina

DNI 40.657.142

Legajo: 18843/3