

# FECUNDACIÓN POST MORTEM EN ARGENTINA.

*Mayra Valdéz Flores. (2015)*

## **Resumen.**

*Nos encontramos en este punto donde la humanidad se empata con la ciencia ficción, presentándonos dilemas nunca antes imaginados para la comunidad jurídica. Allí situamos a la fecundación post mortem la cual, a raíz de sus polémicos resultados, ha venido a revolucionar y a abrir insólitos debates en nuestro país, como ya lo han hecho en tantos otros. El advenimiento de estos nuevos proyectos nos coloca en una situación en la que el Derecho Argentino, debe adueñarse de una postura, para así poder legislar con justicia y equidad acerca de los nuevos retos que nos propone la ciencia. La presente investigación se propuso suministrar de manera lacónica, los elementos de tipo que se deben tener en cuenta a la hora de considerar el empleo de este procedimiento en nuestro país, considerando los principales bienes jurídicos a proteger, en este caso la familia, y como fruto los hijos, los cuales merecen toda la seguridad, defensa y amparo que la ley les pueda otorgar.*

**Palabras Clave:** *Fecundación post mortem- Debates- Proyectos- Derecho Argentino -Nuevos retos- Familia- Hijos.*

## **ABSTRACT.**

*We are at this point where humanity is tied to science fiction, presenting dilemmas never before imagined for the legal community. Here we place post-mortem fertilization which, following his controversial results, it has revolutionized unusual and open debates in our country, as it has done in so many others. The advent of these new projects put us in a situation where the Argentine law must take over a position, in order to legislate fairness and equity on the new challenges that science offers us. The present research aimed to provide laconically, type elements to be taken into account when considering the use of this procedure in our country, considering the principal legal to protect, in this case the family property, and as fruits children, who deserve all the security, defense and protection that the law can give them.*

**Key Words:** *Post-mortem fertilization- Debates- Projects Argentine law- New challenges- Family- Children.*

<b>ÍNDICE.</b>	<b>Página.</b>
<i>I. Introducción</i> .....	3
<i>II. Metodología</i> .....	5
<b><i>Capítulo 1. Consideraciones generales. Aspectos a tener en cuenta de manera previa al desarrollo de la problemática principal</i></b> .....	<b>6</b>
1.1 Estatus jurídico del embrión humano.....	7
1.1.1 Protección del embrión en el derecho argentino.....	9
1.2 Técnicas de reproducción humana asistida.....	15
1.2.1 Inseminación artificial (IA).....	15
1.2.2 Fertilización in vitro (FIV).....	15
1.2.3 Transferencia tubárica de óvulos microinyectados.....	16
1.2.4 Donación de óvulos.....	16
1.2.5 Donación de embriones.....	17
1.2.6 Subrogación de útero.....	17
1.3 Problemas de la reproducción asistida.....	18
<b><i>Capítulo 2. Problemática principal. Materias controvertidas ante la regulación de la fecundación post mortem en nuestro país. 27</i></b>	
2.1 Cuestión sucesoria.....	27
2.2 Tutela del interés superior del niño.....	30
<b><i>Capítulo 3. Legislación y doctrina nacional e internacional</i></b> .....	<b>34</b>
3.1 Proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011.....	34
3.2 Recepción legislativa internacional.....	41
<b><i>Conclusiones</i></b> .....	<b>45</b>
<b><i>Bibliografía</i></b> .....	<b>48</b>

## **I. Introducción.**

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece en su artículo 16: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. La familia es la unidad básica de nuestra sociedad, es el lugar de realización personal por excelencia y es el punto de partida desde donde se originan las relaciones que luego serán reguladas por el derecho de familia.

El papel de la familia en el desarrollo humano es especialmente primordial ya que garantizan la supervivencia de su descendencia al ocuparse de su alimentación, protección y cuidado. Durante los primeros años la familia constituye el único ámbito de aprendizaje y luego a lo largo de la vida, continúa funcionando como uno de los ámbitos de desarrollo educativo, emocional y morales más importantes de la vida humana. Es la familia un entorno de vital importancia en el desarrollo psicológico de las personas.

La importancia social de la familia tiene su fundamento en la función primera que debe cumplir, que es la de preparación de la persona para formar parte de la sociedad, cultivando valores como la honestidad, la responsabilidad, las tradiciones, el respeto y la tolerancia, lo que permitirá que el individuo pueda desarrollar plenamente su personalidad al momento formar parte de la sociedad. Por estos motivos podemos sostener que la familia es la célula fundamental de la sociedad.

El concepto de familia tradicional (la familia nuclear o natural), la cual era dominada por una autoridad paterna, encuentra en la actualidad un cambio de paradigma radical. Los modelos actuales de familia cuentan entre sus filas con familias nucleares reducidas (familias que optan tener un menor número de hijos), familias monoparentales (viudos/as, divorciados/as, padres/madres solteros por elección propia), uniones de hecho, matrimonios homosexuales, familias reconstituidas, polinucleares o mosaico.

Por novedosos que resultan estos nuevos modelos, no dejan de tener los mismos anhelos, proyectos y deseos de realización que las familias tradicionales y uno de los momentos claves de realización personal y familiar, si no el más importante, es el momento de dejar descendencia.

Muchos de estos nuevos entornos familiares originan la concepción en la reproducción asistida debido a su conformación y a sus elecciones. Así dentro de los nuevos paradigmas es posible encontrar madres o abuelas de alquiler (que permiten tener hijos a parejas que no pueden hacerlo), madres septuagenarias (mujeres que pese a su edad desean y pueden mediante los últimos avances científicos convertirse en madres), familias a la carta desde la selección genética y madres o padres que deciden traer al mundo a sus hijos originando la concepción con el material genético de su cónyuge fallecido, utilizando el procedimiento de la llamada fecundación post mortem.

Este trabajo, tiene como finalidad exponer de manera sucinta cuales fueron las principales controversias jurídicas que ha tenido que enfrentar el legislador a la hora de codificar acerca de esta materia, las cuales al día de la fecha continúan en debate al no haberse sancionado aun la reforma del código civil y comercial de la nación, en base al proyecto de reforma del año 2012, redactado por la comisión de reformas designada por

decreto 191/2011; que incluye en su articulado la reglamentación del procedimiento de fecundación post mortem.

El análisis de las controversias se ha circunscrito a las dos materias que más interrogantes y controversias han generado, estas son el derecho sucesorio y los derechos del niño, examinadas desde un punto de vista de consecuencias jurídicas que han sido motivo de debate en el proceso de redacción del proyecto de reforma, abordando específicamente temáticas que tienen que ver con la situación de los derechos sucesorios del nuevo individuo y la exposición de cuáles son los derechos de los niños que entran en colisión a la hora de realizar la fecundación post mortem.

Esta investigación cuenta en su inicio con un núcleo de consideraciones generales en el cual se explican nociones claves para comprender, previo al desarrollo de la problemática principal. Allí se desarrolla un concepto fundamental que es el tema del “estatus jurídico del embrión humano”, y también se aborda de manera sintética la temática de las técnicas de reproducción asistida humana y los problemas que pueden surgir a raíz del tratamiento; todo esto a la luz de que en el desarrollo de la problemática principal estén todos los conceptos claros.

Superadas las consideraciones generales nos centramos en la problemática principal. Ante el planteo del problema surgen dos incógnitas iniciales, las cuales generan las controversias que se analizarán y por lo tanto dan vida a este trabajo, estas son: ¿Cuál es la incidencia que tiene en el campo del Derecho de las sucesiones la fecundación post mortem? y ¿Produce una agresión la procreación en esas circunstancias al interés superior del niño? En este acápite se expondrán las dos materias que entran en crisis ante la posibilidad de la legalización de la fecundación post mortem. De esta manera se aborda la cuestión que trata acerca de los derechos hereditarios de los cuales gozará o no el *nasciturus* considerando que el proyecto de reforma reglamenta condiciones en cuanto a la fecundación post mortem que pueden generar que exista una categoría de niños que se vean privados del vínculo filial con el progenitor fallecido.

El segundo punto a tratar dentro de la problemática principal es el análisis del impacto que puede tener la realización de este procedimiento en los derechos de los niños. En este apartado se analizarán cuáles son los derechos sobre los que se genera un menoscabo y cuáles son las consecuencias que pueden repercutir en la vida del niño nacido en estas circunstancias, considerando que pueden derivar en cuestiones jurídicas complejas.

Los capítulos finales se refieren a la exposición de la regulación en nuestro ordenamiento (el ya nombrado proyecto de reforma en este caso) y el análisis de la recepción legislativa internacional. En la primera parte se desarrollan los conceptos surgidos del proyecto de reforma a nuestro código civil, ya que en el país a la fecha carecemos de legislación al respecto. También se exponen las principales opiniones de la doctrina nacional, las cuales explican en cada caso su posición u oposición respecto del proyecto. En cuanto al análisis de la recepción legislativa internacional, se utilizó este apartado para exponer someramente, las posiciones tomadas por los principales países que legislaron (prohibitivamente o no) sobre este asunto en la actualidad.

Por último, la conclusión del trabajo pretende arrojar las opiniones personales sobre la fecundación post mortem, opinión que ha sido nutrida a lo largo de toda la investigación para llegar a tener un óptimo posicionamiento sobre esta temática tan actual que merece ser estudiada minuciosamente ya que como todas las materias que en algún momento son novedosas, luego formarán parte de nuestra vida cotidiana.

## **II. Metodología.**

Es importante tener en cuenta la metodología utilizada en la presente investigación, la cual permitió el desarrollo estructurado de la misma. Los tipos de estudio a los que se han acudido son el tipo exploratorio, el cual resulta óptimo a la hora de encarar una investigación desde cero, ya que el mismo propicia inspeccionar desde los primeros niveles, la situación en cuestión, para poder generar luego hipótesis con las cuales trabajar; y el tipo descriptivo, que permite ahondar en la obtención de datos y detalles que hacen al trabajo en sí y que facilitan el proceso de análisis que se requiere para llevar a cabo la investigación, como así mismo la interpretación de la información recabada y la redacción de las conclusiones.

La estrategia de investigación que se empleo fue el enfoque cualitativo. Desde esta perspectiva se tiende a comprender la realidad social desde aspectos particulares, rescatando la individualidad de los protagonistas a través de valores, formas de ser, motivos internos, ideas, percepciones, sentimientos. Trabaja con la palabra, el consenso y el argumento, aborda realidades subjetivas e intersubjetivas.

En el presente trabajo se utilizaron diversas fuentes primarias y secundarias a la hora del desarrollo de los contenidos del mismo. Entre otras, como fuente primaria se ha utilizado como herramienta el proyecto de reforma al código civil y comercial argentino del año 2012, redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011, donde se contempla por primera vez la filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida, también se aludirá a la recepción legislativa internacional y a fallos de tribunales internacionales. También se observaron las normativas de diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional referidos a la temática en cuestión, como ser los preceptos establecidos por la Convención de los derechos del niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; etc. Y como fuentes secundarias se emplearon distintos artículos de investigación, libros y revistas especializadas donde se aborda la problemática en cuestión los cuales nos han permitido tener un acceso a un contenido actualizado del instituto y un acercamiento a los casos particulares donde se pone de relieve la importancia de la regulación del mismo.

Así mismo, cabe destacar que, dentro de la metodología de investigación, la revisión documental, como técnica de recolección de datos ha sido la herramienta fundamental para llevar a cabo este trabajo ya que permitió el progreso en el desarrollo del marco conceptual de la investigación y el estudio de las fuentes primarias y secundarias.

## **CAPÍTULO I.**

## CONSIDERACIONES GENERALES.

### Aspectos a tener en cuenta de manera previa al desarrollo de la problemática principal.

A comienzos del presente siglo, el avance científico y tecnológico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano, facilitando su realización, incluso en circunstancias que en épocas anteriores pudieran considerarse materializables únicamente en la imaginación de un escritor, la etapa en la que nos ha tocado vivir, ha generado un rompimiento de esquemas socioculturales, se han superado las barreras de tiempo y espacio, propiciando la globalización de todas las regiones del mundo, lo que significa también que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y de valores.

Ante el trastocamiento vertiginoso de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse y de incorporar estas nuevas conductas sociales al amparo de la ley, la cual debe delimitarlas correctamente para que el sistema jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta integral a los nuevos esquemas conductuales y de valores que se integran al cuerpo social.

Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastorno de los valores a nivel mundial, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida.

El nacimiento de Luise Brown, en 1978, gracias a la fecundación *in vitro*, y su posterior implantación embrionaria en el útero de su madre, ha significado un parteaguas en la salud reproductiva, pues a partir de ese momento hasta hoy, las técnicas de reproducción asistida han tenido un perfeccionamiento continuo, propiciando que cada vez más parejas estériles o infértiles, alrededor del mundo, tengan la posibilidad de lograr la propia descendencia. (Rodríguez López D. 2005) <sup>1</sup>

Pero estas técnicas resultan en nuestro presente no ser únicamente exclusivas para parejas que no pueden concebir, ya que resultan de extrema utilidad, por ejemplo, parejas del mismo sexo que buscan concebir utilizando el material genético de alguno de los cónyuges, como así también ha propiciado el origen de la fecundación post mortem, el procedimiento mediante el cual el cónyuge supérstite puede lograr el nacimiento de un hijo post mortem de su pareja, a través de estas técnicas.

Por lo tanto siendo la fecundación post mortem y sus consecuencias jurídicas el objeto de estudio de este análisis, en este capítulo se exponen tres cuestiones que

---

<sup>1</sup> Rodríguez López D. (2005) Nuevas Técnicas de Reproducción humana. El útero como objeto de contrato. {Versión Electrónica} Revista de Derecho Privado Nueva Serie. (11),1. Recuperado el 30/09/2013; de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5/.htm>

de manera previa despejaren los primeros interrogantes que surgen a la hora de investigar esta materia, estos son: cual es el estatus jurídico que detenta el embrión humano en el derecho argentino (considerándolo como el sujeto central desde el cual nacen todas las consecuencias jurídicas de la fecundación post mortem), y pormenorizadamente cuales son las técnicas de reproducción humana asistida y cuáles son los problemas que acarrearán estas técnicas, considerando la relevancia jurídica que estas consecuencias tienen en el instituto de la fecundación post mortem.

### **1.1. Estatus jurídico del embrión humano.**

El procedimiento de fecundación post mortem proyecta principalmente el mismo objetivo que las distintas técnicas de reproducción asistida tradicionales, esto es obtener la concepción extracorpórea de un ser humano u implantar un embrión crio conservado (según cual sea la técnica utilizada), pero con el mismo fin, lograr el embarazo y posterior nacimiento de un ser humano; solo que el hecho de la concepción u implantación será luego de la muerte de alguno de sus progenitores.

Considerando que, en el proceso de fertilización, sucede que no siempre se obtiene un solo embrión, sino que en la mayoría de las ocasiones son múltiples los embriones obtenidos; la controversia surge, al lograr el éxito en el tratamiento, acerca de cuál es el destino que tendrán los embriones que no se han utilizado. La utilización de los embriones puede ser variada, puede existir comercialización, experimentación o eliminación de los mismos según sea la voluntad de quienes los manipulen.

Es preciso a la hora de analizar las cuestiones controvertidas que genera la fecundación post mortem, intentar delinear primeramente cual es el estatus jurídico que posee este embrión ya que como se dijo anteriormente es probable que del procedimiento quede un sobrante de embriones, sobre los cuales es pertinente establecer cuáles son las prerrogativas con las que cuentan, de manera previa al desarrollo del contenido principal de esta investigación. A la hora de abordar esta temática y considerando el objeto de este trabajo, a continuación, se desarrollan las tres teorías mayormente divulgadas acerca del acaecimiento de la concepción, ellas son la teoría del proceso de fecundación, la teoría de la anidación y la teoría de la formación del sistema del nervioso central, según Blasi (2009)<sup>2</sup>:

#### ➤ Teoría del proceso de fecundación.

Los sostenedores de esta postura afirman que la concepción de un ser humano no sobreviene con la simple penetración de la membrana que recubre el óvulo por la cabeza del espermatozoide. Ello no da origen a un nuevo código genético humano, sino que conforma una célula que contiene dos núcleos –una célula *pro* nucleada-, dos realidades diferentes.

La potencialidad que aquel tiene de llegar a ser una persona, demuestra precisamente que no lo es, pues corre con el riesgo de detenerse espontáneamente en su desarrollo, de transformarse en una mola hidatídica, o bien, originar un teratoma.

---

<sup>2</sup> Blasi G. F. (2009) {Versión Electrónica} ¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? *Persona, derecho y libertad*. Perú. Ed. Motivensa. Recuperado el 6/10/2013; de: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Cual%20es%20el%20estatus%20juridico%20del%20embri%20humano.pdf>

Esto significa que éste no está dotado de un patrimonio génico humano y, por ende, el mero empalme de ambas células germinales no equivale a la concepción.

En suma, la combinación cromosómica de las células reproductivas genera la célula más especializada, o cigoto, restableciéndose así el número diploide de cromosomas, dando vida a un nuevo ser humano con individualidad genética, diversa e inédita de la de sus progenitores, iniciándose de este modo un proceso uniforme y progresivo que estará guiado por él mismo.

➤ Teoría de la anidación.

Mediante la teoría de la anidación, se arguye que en el instante en que el embrión humano se implanta en la pared interna del útero –fenómeno que culmina alrededor de los catorce días posteriores a la fusión de los núcleos de los gametos– se produce un hito embriológico importante: la diferenciación de sus células y tejidos, por lo que recién, en ese momento, puede considerarse que se da inicio a la *existencia individualizada* del ser humano.

Aquellos que sostienen esta tesis argumentan que el embrión, hasta el momento de la anidación, es un mero conjunto de células indiferenciadas que, a pesar de tener vida, la misma no es humana y, por consiguiente, no se está en presencia de un ser humano concreto, sino de una célula que tiene la potencialidad de devenir tal. En suma, quienes se enrolan en esta corriente de pensamiento explican que la concepción coincidiría con el inicio de la gravidez. Antes de esto, arguyen, el cigoto es un mero programa genético que solamente detenta el potencial teórico y estadístico para llegar a ser un miembro de la especie humana.

➤ Teoría de la formación del sistema nervioso central.

Los adherentes a esta posición entienden que con la aparición de los rudimentos de lo que luego será la corteza cerebral, es decir la llamada línea primitiva, eje embrionario o surco neural, a partir del decimoquinto día de la evolución embrionaria, se está frente a un ser viviente, ya que recién allí el embrión presenta una pauta selectiva particularmente humana, que luego le consentirá trasladar la información genética específica al sistema nervioso central, lo que constituye su verdadera instancia diferenciadora.

Aquellos que se enrolan en esta corriente infieren que exclusivamente cuando se emiten impulsos eléctricos cerebrales verificables, el individuo adquiere consciencia y, por ende, puede afirmarse que inicia la vida humana. Reconocer que el comienzo de la organización y formación del sistema nervioso central, a partir de la octava semana de la gestación embrionaria, es el punto determinante en la ontogénesis de todo ser humano, importa negar al embrión su calidad de humano durante las siete semanas subsiguientes a la culminación del proceso de fecundación.

En suma, el embrión, entendido como la forma humana más joven, no obstante carezca de un eje embrionario, detenta todos los requisitos biológicos específicos y constitutivos de un ser humano desde la combinación de los pronúcleos de los gametos femenino y masculino.<sup>3</sup>

Es oportuno señalar que siendo estas las teorías más difundidas dentro de la comunidad científica, han servido de base para que los juristas en los distintos

<sup>3</sup> Blasi G. F. (2009) *{Versión Electrónica} ¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Persona, derecho y libertad.* Perú. Ed. Motivensa. Recuperado el 6/10/2013, de: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Cual%20es%20el%20estatus%20juridico%20del%20embri%20humano.pdf>



momentos históricos en los que han ido surgiendo, desarrollen sus trabajos acerca de cuál es el momento a partir del cual somos persona para el derecho y desde cuando somos acreedores de todas las prerrogativas que ello conlleva; pero caemos en la realidad de que en la actualidad ninguna de éstas resulta definitiva ni concluyente. Con lo cual a la hora de analizar cuál es el estatus jurídico que tiene el embrión humano será necesario indagar acerca de cuál es el momento para el derecho en el que comienza nuestra existencia, ya que es a partir de allí cuando el embrión comenzará a gozar de estatus jurídico.

#### 1.1.1. Protección del embrión en el derecho argentino.

Como se dijo anteriormente y teniendo en cuenta que ninguna de estas teorías se presenta como concluyente, para lograr obtener un colofón acerca de cuál es el inicio de la vida; la llamada concepción según nuestro ordenamiento legales; pertinente realizar un análisis de la legislación y recurrir a la jurisprudencia.

Es relevante para nuestra investigación, además exponer cual es la protección nacional y supranacional del embrión, ya que, como se dijo anteriormente, en el caso de que se genere más de un embrión en la fecundación post mortem (lo que suele suceder en la mayoría de los tratamientos de fecundación), es necesario analizar qué es lo que sucederá con los mismos ya que en el caso de una pareja de padres, pueden utilizarlos en el futuro, pero en el caso de la fecundación post mortem, esa no se ve como la posibilidad más adecuada, lo cual deja a los embriones sobrantes en una situación de incertidumbre e indefensión, por ello es oportuno realizar tal exposición, para conocer cuál es la protección jurídica que tienen los mismos.

Nuestra carta magna en su inciso 23 del artículo 75 declama sobre “la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”<sup>4</sup>Esta expresión resulto en su momento un tanto controvertida, ya que como se puede apreciar, resulta por lo menos imprecisa y no da respuesta a cuál es el momento exacto en el que comienza la vida; indica el momento en el que comienza la protección, pero no especifica con minuciosidad ese instante.

Siguiendo con la normativa nacional, encontramos en el Código Civil los artículos 63<sup>5</sup> y 70<sup>6</sup> los cuales debido a la época en la que fueron redactados, no se

---

<sup>4</sup> Art. 75 inc. 23 Constitución Nacional: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

<sup>5</sup> Art. 63 Código Civil: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.”

<sup>6</sup> Art. 70 Código Civil: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.”

contempla ni remotamente la posibilidad de concebir un hijo fuera del vientre materno, por lo que sus enunciados son muy similares al referirse ambos a que la existencia humana comienza desde la concepción en el vientre materno. Lo cual resulta impreciso para tratar de comprender desde que momento exacto el embrión comienza a poseer protección jurídica, ya que las distintas técnicas de reproducción asistida (inexistentes en aquella época) diseccionan la concepción extracorpórea en distintas etapas como por ejemplo la extracción de los gametos, la concepción extracorporal, la transferencia de los mismos, el anidamiento, etc; con lo cual estos artículos resultan vagos a la hora de echar luz sobre esta controversia.

Con jerarquía constitucional encontramos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>7</sup>, en el inciso 1 de su artículo 4, protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo que marca una diferencia al no incluir la antigua frase “en el seno materno”, pero sin embargo, sigue sin determinar cuál es el momento en el que esta acaece. Por último, la ley 23.849 (Convención sobre los derechos del niño adoptada por la asamblea general de las naciones unidas en Nueva York) establece que “se entenderá por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”<sup>8</sup> delimitando también el espacio temporal desde que la persona se convierte en niño, pero permitiendo que el vocablo “concepción” siga siendo un concepto que al igual que en toda la normativa, padezca de vaguedad y requiera tratamiento casuístico y una urgente legislación.

Considerando esto es de cuantioso valor citar algunos de los fallos que han venido a sentar precedente y que con hidalguía han sabido comenzar a trazar un buen camino hacia la obtención de lo que tanto se viene luchando: establecer parámetros, definir criterios y proteger jurídicamente al ser humano por nacer. A continuación, se presentan algunos de estos fallos, que demuestran la evolución jurisprudencial en el tema.

Primeramente se puede citar el fallo "Rabinovich"<sup>9</sup>, en el mismo el Dr. Ricardo David Rabinovich promueve acción judicial solicitando la protección de “un

<sup>7</sup> Art. 4 inc. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

<sup>8</sup> Art. 2 Ley 23.849 Convención sobre los derechos del niño adoptada por la asamblea general de las naciones unidas en Nueva York: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: La República Argentina hacer reserva de los Incs. b), c), d) y e) del art. 21 de la convención sobre los derechos del niño y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta. Con relación al art. 1º de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. Con relación al art. 24, inc. f) de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable. Con relación al art. 38 de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que es su deseo que la convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del art. 41, continuará aplicando en la materia.”

<sup>9</sup> CNCiv., Sala I, "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" Expte 45882/93 (1999), Disponible en: <http://newsmatic.com.ar/conectar/245/103/articulo/3723/Congelamiento-de-embriones.html> (Consultado el 10/11/2013.)

conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas” (considerados así los embriones y ovocitos pro nucleados congelados), al enterarse por los medios periodísticos de la existencia de una gran cantidad de embriones crio conservados en la ciudad de Buenos Aires en el año 1993. Recién en el año 1999 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dicta el fallo definitivo<sup>10</sup>, en el mismo dispone directrices que se relacionan directamente con el estatus jurídico del embrión que tratamos de delinear en el presente apartado, en el fallo se ordena:

- Prohibir todo tipo de acción sobre los embriones y ovocitos por parte de cualquier persona, que implique su destrucción y experimentación.
- Solicita se realice un censo de embriones no implantados y ovocitos pro nucleados.
- Insta a que toda disposición material o jurídica sobre los embriones sea por parte de los dadores de gametos o por las instituciones profesionales, se concrete con intervención del juez de la causa quien debe resolver con la debida participación del Ministerio Publico.

---

<sup>10</sup> CNCiv., Sala I, "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" Expte 45882/93 (1999) consid. 8 y 9. Disponible en: <http://newsmatic.com.ar/conectar/245/103/articulo/3723/Congelamiento-de-embryones.html> (Consultado el 12/11/2013.)“En nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos humanos a la vida y a la integridad personal, física y psíquica...En tal sentido, no es ocioso recordar también el carácter fundamental del derecho a la vida, en tanto constituye una condición o presupuesto necesario para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o crediticios; carácter que, análogamente, cabe extender al derecho a la integridad personal, estrechamente ligado al anterior. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado el derecho a la vida como el "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes" (Fallos 302:1284) y el "primer derecho de la persona humana" (Fallos 310:112). Se ha dicho también al respecto: "...cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social.”

“En consecuencia, con relación a esos embriones y ovocitos pro nucleados, así como con relación a los que puedan existir crioconservados a la fecha de este pronunciamiento, el Tribunal considera necesario adoptar las siguientes medidas a fin de asegurar su tutela jurídica en los términos ya puntualizados: Primero: disponer que el Señor Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pro nucleados, existentes a la fecha en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización. Segundo: prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción o experimentación.

Tercero: ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento.”

Cabe mencionar que la Cámara llega a esta resolución luego de reconocer en el fallo que “hay persona desde el estadio de ovocito pro nucleado, que es anterior al de embrión” y en consecuencia dicta la sentencia ya nombrada.

Teniendo en cuenta que en esta sección el punto que nos concierne es establecer desde cuando se considera jurídicamente configurada la concepción (ya que desde ese momento comienza a funcionar la protección jurídica del embrión); se desprende de esta resolución que el tribunal considera la misma desde el momento de la fusión de el espermatozoide y el ovulo, es decir desde la fertilización. Aclarado esto es interesante destacar el tratamiento que se le otorgo a los embriones sobrantes y a los ovocitos, legislando provisoriamente sobre la materia y resaltando la imperiosa necesidad de una legislación que brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantean las técnicas de reproducción asistida.

En el caso C.S.J.N. “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro” la asociación civil promovía acción de amparo contra el estado provincial cordobés, solicitando la anulación de la autorización para fabricar “Inmediat” por laboratorios Gador, expedida por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (la llamada píldora del día después), si bien se terminó fallando a favor de la prohibición, lo importante de este antecedente son las consideraciones que tuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al momento de la concepción. Este fallo es relevante a esta investigación ya que expone un antecedente en el cual la CSJN otorga frondosos argumentos científicos y de doctrina (entre los considerandos 4 a 15) acerca de cuál es el momento de la concepción, momento desde cual el embrión comienza a gozar de protección jurídica nacional y supranacional, lo cual atañe a nuestro trabajo, ya que como se dijo anteriormente, en el caso de resultar del tratamiento de fecundación post mortem más de un embrión, la CSJN según este fallo considera que:

- La vida comienza con la fecundación, identifica el momento de la concepción con el de la fertilización y repele cualquier amenaza activa contra el bien jurídico primordial que es la vida, el cual no es susceptible de reparación ulterior.
- Que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la constitución nacional.

Estas consideraciones conducen a interpretar que, de manera supletoria, la CSJN admite la protección jurídica de los recién concebidos, lo que se manifiesta en el respeto por el derecho a la vida que preceptúa este fallo, con lo cual de existir embriones sobrantes en el caso de la fecundación post mortem, podrían aplicarse estos preceptos a la hora de su tutela.

Por último, y considerando cual es la protección que tienen las personas, una vez concebidas mediante técnicas de reproducción asistida (el fallo anteriormente analizado trataba sobre concepción natural) y que alcanzaron el estatus de embrión, en “G, M, C y otro c/ SUMA s/ amparo”<sup>11</sup>; la Cámara Federal de Mar del plata, luego

---

<sup>11</sup> C.Apel. Fed. Mar del Plata, Secretaria n° 1 “G, M, C y otro c/ SUMA s/ amparo”, Expte. 12.654 (2010) Res. I. Disponible en: <http://ar.levex.com/vid/g-m-c-suma-amparo-247642218> (Consultado el 14/11/2013)

de aceptar una acción de amparo, le ordena al servicio universitario medico asistencial (SUMA) a cubrir totalmente un tratamiento de fertilización asistida y la medicación.

Lo relevante de este fallo (causa que finaliza con esa resolución) para la presente investigación ha sido la resolución que aplico el tribunal sobre los embriones sobrantes; ellos decidieron que tratándose de una fecundación asistida y habiendo probables embriones restantes:

- Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente;
- Los profesionales actuantes deberán proceder a la inmediata crio conservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad;
- Como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crio conservados, decreta medida de no innovar respecto de ellos prohibiendo expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción.

Nuevamente se expide una resolución que supletoriamente regula la situación de los embriones sobrantes en los tratamientos de fecundación asistida, tutelando en ella su inmediata crio conservación, prohibiendo su experimentación, manipulación, descarte o destrucción.

El proyecto de código civil y comercial del 2012, en su artículo 19 plantea cual es el comienzo de la existencia, generando polémica por su quizás, demasiado precisa enunciación. Esta temática será analizada infra en el capítulo 3.

En octubre de 2013 se presenta el proyecto de “ley de protección del embrión no implantado”<sup>12</sup> que determina en su breve articulado las pautas a seguir en el caso de los embriones que aún no han sido implantados y para los cuales no existe hasta el momento una regulación que los resguarde. El mismo prohíbe la eliminación, comercialización y experimentación con embriones y advierte que se requerirán los máximos recaudos para su preservación; también establece las sanciones que serán procedentes en caso de violación a la norma.

Considerando la finalidad del presente el trabajo, es dable comprender que este proyecto de ley contempla vagamente los ítems que la materia requiere, a los fines de

---

<sup>12</sup> Proyecto de “ley de protección del embrión no implantado” Expte. 6803-D-2013 Trámite parlamentario 145 (01/10/2013) Artículo 1º: Prohibición de eliminación. Prohíbese la eliminación deliberada de embriones humanos. Para su preservación, deberán tomarse los máximos recaudos técnicos y científicos posibles. Artículo 2º: Prohibición de comercialización. Prohíbese todo tipo de comercialización de embriones humanos. Asimismo, se prohíbe su utilización con fines industriales. Artículo 3º: Prohibición de experimentación. Prohíbese todo tipo de experimentación destructiva de embriones humanos. Artículo 4º: Sanciones. Toda violación a la presente ley determinará: a) La denuncia por ante el Tribunal Disciplinario del ente profesional que rija la matrícula. b) Las sanciones que correspondan por aplicación del régimen estatutario del sector público, cuando se trate de agentes del Estado. c) La supresión de asignación del puntaje que pudiera atribuírsele a la Investigación en concursos de cargos y funciones en el ámbito de la Administración pública provincial. d) Las acciones judiciales que fueren procedentes. Artículo 5º: Comunicación. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

garantizar la seguridad que la persona humana (en desarrollo) requiere de su integridad física. Es razonable tener en cuenta que este proyecto regula solo la eliminación, comercialización y experimentación, pero sigue existiendo un vacío acerca de que es lo que sucede con los embriones crio conservados luego de largos plazos, teniendo en cuenta la edad reproductiva de la madre (que biológicamente tiene un plazo cierto y limitado), y que es lo que sucede cuando fallecen ambos conyugues, con estos embriones que, al no existir regulación, en estas situaciones continúan teniendo destino incierto. Estos y otros interrogantes aún carecen de una respuesta incluso en la legislación comparada, especialmente, aquellos interrogantes que tienen que ver con el trabajo de investigación sobre los embriones, según Enrique Iañez Pareja<sup>13</sup>: “Hay falta de definición legal del concepto “embrión”. Tampoco lo hace el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina. Ese convenio no fue firmado por el Reino Unido, por considerarlo demasiado restrictivo, y tampoco por Austria y Alemania, por considerarlo demasiado permisivo. El convenio no prohíbe la investigación en embriones. No se define lo que es “adecuada protección” para el embrión en el caso de que se permita la investigación. El artículo 18 prohíbe la creación de embriones para investigación. Salvo Reino Unido, ningún país permite la creación de embriones solo para investigar.”

Ahora bien considerando la situación jurídica de estos embriones al haber fallecido sus padres o bien al no poder ser utilizados (teniendo en cuenta que generalmente se crean tantos embriones como sean posibles para aumentar las posibilidades de embarazo), el hecho es que incluso fuera del caso particular de la fecundación post mortem, es una situación que toca todos los tipos de reproducción humana extracorpórea ya que son situaciones que pueden llegar a suceder y resulta imperioso que se regulen estas situaciones ya que se está atentando contra el bien jurídico fundamental que es la vida humana y su dignidad, ya que considerada en nuestro derecho la existencia del *nasciturus* como persona y no como una cosa, resulta inaceptable atentar contra su vida o dignidad. En un mundo ideal primero se deberían establecer criterios claros sobre cuál será el destino de los embriones considerando todas las posibilidades que pudieran acontecer y luego debería tratarse el instituto de la fecundación post mortem y su regulación jurídica, ya por lo menos con un punto importantísimo definido.

También es factible considerar que con las prohibiciones que establece este proyecto, no se ha tenido en cuenta que es lo que sucede cuando los progenitores que depositaron en un banco los embriones crio conservados en nitrógeno líquido, por alguna razón no pueden abonar los gastos de la conservación, reparando en que esta es la única manera de preservación de los mismos; toda vez que “se prohíbe su eliminación” pero a su vez siendo la congelación el único medio que les permite la supervivencia y considerando lo costosos que resultan estos métodos, el aludido proyecto ignora cual sería la posición que debería tomar el laboratorio en estas circunstancias en donde peligra la vida de estos embriones en esas circunstancias. Si el futuro nos encuentra con una ley precisa y detallada sobre esta temática sancionada, el debate sobre la fecundación post mortem se encontraría con otra controversia menos en su haber.

En los fundamentos del aludido proyecto se puede leer a modo de palabras finales: “La dignidad inherente a toda persona humana exige que se pongan los máximos

---

<sup>13</sup> Iañez Pareja E. (2011), “Ética del uso de embriones humanos” {Versión Electrónica}, Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada, España. Recuperado el 17/10/2013, de: [http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/clonetica.htm#\\_Toc3656107](http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/clonetica.htm#_Toc3656107)

esfuerzos en pos de preservar cada vida de su destrucción, muerte y eliminación. Por ello, es menester que nuestra legislación precise estas protecciones limitativas en orden a proteger derechos que reconoce el sistema jurídico nacional en las esferas de mayor jerarquía.” Estos fundamentos logran interpretar claramente el objetivo principal que deben perseguir todos los proyectos de ley tendientes a establecer un estatus jurídico del embrión, esto es proteger los derechos fundamentales del sujeto de derecho ya existente que es el embrión.

Considerando las normativas antes expuestas es fácil apreciar cómo la legislación ha ido evolucionando positivamente, logrando alcanzar en un futuro cercano una normativa precisa y contemplativa de los progresos científicos y de la necesidad de crear las nuevas figuras jurídicas que estos progresos requieren.

## **1.2. Técnicas de reproducción humana asistida.**

En lo que va del presente trabajo se han utilizado los términos fecundación, fertilización, ovocitos pro nucleados y demás expresiones propias de la ciencia, con lo cual al ser estos ajenos a nuestro campo del saber se estima pertinente realizar una breve introducción a estos conceptos con la finalidad de que se logre una correcta interpretación de todo lo expuesto en esta investigación. A continuación, se exponen de manera sintética cuales son las principales técnicas de reproducción humana asistidas utilizadas en la actualidad.

### **1.2.1. Inseminación artificial. (IA)**

Se define como el depósito en forma artificial de espermatozoides en el tracto reproductivo de la mujer, en el tiempo de la ovulación, con el fin de conseguir una gestación. Dependiendo del origen del semen se cataloga como inseminación artificial homóloga (IAH) cuando es del cónyuge o como inseminación artificial donante (IAD) cuando proviene de un banco de semen. Según la etiología que esté indicando la inseminación, esta podría realizarse al momento de la ovulación en un ciclo natural, pero puede ser más efectivo acompañar la inseminación de una estimulación de los ovarios, mediante hormonas, en forma controlada, para mejorar la chance de embarazo en forma significativa, sin desconocer que aumenta el riesgo de embarazos múltiples. (De los ríos Osorio, 2006)<sup>14</sup>

### **1.2.2. Fertilización in vitro. (FIV)**

En el presente trabajo se utilizarán los vocablos fertilización y fecundación de manera indistinta.

La FIV es el procedimiento de reproducción asistida que se practica con mayor frecuencia en todo el mundo. En términos sencillos, la FIV consiste en retirar óvulos de los ovarios para fertilizarlos con el esperma del hombre en el laboratorio y en transferir los embriones seleccionados resultantes a la matriz para su implantación y desarrollo del embarazo. Aunque la FIV se desarrolló

---

<sup>14</sup> De los ríos Osorio S. (2006) Aspectos técnicos de la reproducción asistida {Versión Electrónica} Editorial Universidad de Antioquia., 2-9. Recuperado el 01/05/2013, de: [http://www.udea.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01\\_Documentos/aspectosTecReproduccion.pdf](http://www.udea.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01_Documentos/aspectosTecReproduccion.pdf)

para parejas cuya principal causa de esterilidad es daño a las trompas de Falopio, la técnica también ha resultado útil en casos de endometriosis, alteraciones del espermatozoide e incluso en casos de esterilidad inexplicable. (Información sobre infertilidad y fertilización in vitro, 2010)<sup>15</sup>

### 1.2.3. Transferencia tubárica de óvulos microinyectados. (TTOMI)

Esta es una técnica de reproducción asistida que fue descrita recientemente por el doctor Elkin Lucena, destacado científico colombiano, en la cual se facilita la unión del óvulo y el espermatozoide por fuera del cuerpo de la mujer, pero a diferencia de una fertilización in vitro, la fertilización ocurre dentro de la madre.

El proceder es exactamente igual que para una ICSI (fecundación in vitro por inyección intracitoplasmática de espermatozoide), hasta el momento de inyectar los espermatozoides en el óvulo, pero en este caso estos son transferidos inmediatamente a la trompa, sitio natural de incubación y donde normalmente debe ocurrir la fecundación. (De los ríos Osorio, 2006)<sup>16</sup>

### 1.2.4. Donación de óvulos.

La donación de óvulos es igual a la inseminación artificial por cuanto el hijo está relacionado genéticamente con solo uno de los padres, pero en este caso es la madre, y no el padre, con la que no existe vínculo genético. La donación de óvulos es un proceso mucho más complicado que la inseminación artificial, ya que implica la técnica FIV de fertilizar el ovulo de la donante con el espermatozoide del padre en el laboratorio seguida de la implantación en el útero de la madre. Las mujeres que donan óvulos deben tomar medicación, hacerse una serie de ecografías y operarse para que le sean extraídos los óvulos de sus ovarios. (Golombok, 2006)<sup>17</sup>

### 1.2.5. Donación o adopción de embriones.

La organización mundial de la salud y el comité internacional para la supervisión de tecnologías en reproducción asistida definen la donación de embriones como la “transferencia de un embrión resultante a partir de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originan en la receptora y su pareja”. La sociedad americana de medicina reproductiva hace énfasis en que por múltiples

<sup>15</sup> Información sobre infertilidad y fertilización in vitro (FIV). {Versión electrónica} In vitro fertilization center. Advanced fertility services en español. Recuperado el 23/07/2013 de: [http://www.infertilityny.com/resource/download/forms/spanish/Introduction\\_infertility\\_IVF.pdf](http://www.infertilityny.com/resource/download/forms/spanish/Introduction_infertility_IVF.pdf)

<sup>16</sup> De los ríos Osorio S. (2006) Aspectos técnicos de la reproducción asistida {Versión Electrónica} Editorial Universidad de Antioquia., 2-9. Recuperado el 01/05/2013, de: [http://www.udea.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01\\_Documentos/aspectosTecReproduccion.pdf](http://www.udea.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01_Documentos/aspectosTecReproduccion.pdf)

<sup>17</sup> Golombok, S. (2006) *Modelos de familia ¿Qué es lo que de verdad cuenta?* España. Editorial Grao.



razones es más exacto hablar de “donación de embriones” y no de “adopción de embriones”. (Álvarez Díaz, 2010) <sup>18</sup>

### 1.2.6. Subrogación de útero. (Alquiler de útero.)

Poder contar con un vientre donde se pueda gestar su propio hijo, es la única alternativa que tienen algunas parejas que desean ser padres genéticos, y que por alguna razón han perdido su propio útero. Este procedimiento es técnicamente factible y se procede igual que para una donación de embriones, pero en sentido contrario.

La tasa de éxito en términos de fertilidad y embarazo son 60% a 70%, en los casos donde la única causa de infertilidad es la ausencia de útero.

Todas las técnicas de reproducción asistida han generado controversia, pero la subrogación de útero ha sido una de la más polémicas debido que está involucrada una relación afectiva madre gestante- hijo, que en muchas ocasiones las induce a no querer entregar al que ellas consideran su hijo. No ocurre así con los donantes de gametos puesto que en la práctica sólo está donando células. (De los ríos osorio, 2006)<sup>19</sup>

A los fines del presente trabajo, es preciso tener en cuenta que la fecundación post mortem se concreta mediante el procedimiento de fertilización in vitro (FIV) supra descrito, y se puede realizar en los supuestos de:

- Que exista material genético del fallecido conservado por congelamiento en algún banco de gametos, con el cual se realizara la fecundación.
- Mediante la biopsia cadavérica de testículos u ablación de los mismos, para obtener el material.
- Mediante el procedimiento de flushing vaginal; *Ya que de existir embriones crioconservados, no sería una fecundación si no una transferencia embrionaria post mortem.*

### 1.3. Problemas de la reproducción asistida.

---

<sup>18</sup> Álvarez Díaz J. (2010) Donación de embriones en países desarrollados. Unidad de historia de la medicina. Facultad de Medicina. Universidad Complutense de Madrid. España. {Versión Electrónica} Recuperado el 25/08/2013, de: <http://new.medigraphic.com/cgi-bin/resumen.cgi?IDREVISTA=16&IDARTICULO=26770&IDPUBLICACION=2745>

<sup>19</sup> De los ríos Osorio S. (2006) Aspectos técnicos de la reproducción asistida {Versión Electrónica} Editorial Universidad de Antioquia., 2-9. Recuperado el 01/05/2013, de: [http://www.udea.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01\\_Documentos/aspectosTecReproduccion.pdf](http://www.udea.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01_Documentos/aspectosTecReproduccion.pdf)

A la hora de legislar los nuevos artículos referidos a la fecundación post mortem, el legislador, al margen de instruirse acerca de las técnicas de reproducción humana asistida en general, ha debido tener en cuenta cuales son los problemas que esta puede generar; todo esto a la luz de que las consecuencias que se produzcan (el nacimiento en si, o cualquier tipo de trastorno que el tratamiento produzca) repercutirán directamente en los individuos que la ley debe proteger, esto es el cónyuge superviviente que se convertirá en madre o padre y el niño.

Por ello como es interés de este trabajo exponer cuales fueron las principales controversias con las que se encontró el legislador a la hora de elaborar un proyecto de reforma de código civil y comercial que contiene disposiciones sobre la fecundación post mortem (Proyecto de reforma al código civil y comercial argentino del año 2012, redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011), en este apartado se efectuara una somera descripción de los principales problemas ocasionados a raíz de los tratamientos de reproducción asistida, los cuales adquieren relevancia en esta investigación debido a que han sido puntos controvertidos a la hora de elaborar el articulado que la regula por las siguientes razones:

- En caso de lograr el embarazo en la viudez la madre (en este caso) se encontrara sola con la potencial posibilidad de que ocurra cualquiera de estos problemas en la fecundación, situación que reviste importancia a la hora de considerar la fecundación post mortem ya que luego de un estudio pormenorizado de las altas posibilidades que existen de tener un embarazo complejo (sin contar con los problemas psicológicos), este puede ser un argumento que resulte negativo a la hora de considerar legalizar este procedimiento.
- También existen riesgos en la salud del niño por nacer que en este caso no contara con su padre, violando de esta manera el respeto por el derecho de los niños de contar con una familia y de la contención que esta le debe brindar.

Todas estas son controversias jurídicas ya que en estas situaciones generadas a partir de la fecundación post mortem, entran en conflicto prerrogativas de las partes (el respeto a sus derechos reproductivos y a utilizar el material genético crio conservado ya existente, la autonomía y la determinación en el propio cuerpo) con obligaciones del Estado (proteger el derecho a la vida, brindar políticas tendientes a la protección de los derechos de los niños a tener una familia, procurar que el niño crezca y se desarrolle en un ambiente familiar y saludable), contraponiéndose unas con otras.

A continuación, se desarrollan resumidamente los principales problemas gestados a raíz de la reproducción asistida según Matorras Hernández (2007)<sup>20</sup>. En este acápite se exponen el síndrome de hiperestimulación ovárica, el fallo en la fecundación, el fracaso de la implantación, el embarazo múltiple, las enfermedades infecciosas y otro tipo de complicaciones que tienen lugar en las técnicas de laboratorio. Estas son:

---

<sup>20</sup> Matorras R, Hernández J (2007) Estudio y tratamiento de la pareja estéril. *Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción*. Madrid. Ed. Adalia. págs. 245-377; 395-397; 408-426; 226-235. Recuperado el 20/08/2013, de: <http://nuevo.sefertilidad.com/descargas/Seronocompleto.pdf>

- Síndrome de hiperestimulación ovárica (SHO).

El síndrome de hiperestimulación ovárica es una complicación iatrogénica que puede amenazar la vida de las pacientes sometidas a tratamientos de estimulación ovárica. La incidencia del síndrome varía entre 0,6% y 10%. El SHO grave ocurre en el 0,52% de los ciclos de FIV.

- Fallo de la fecundación.

El fallo de fecundación in vitro tras el proceso de inseminación convencional (FIV) o microinyección de espermatozoides (ICSI), es un fenómeno que ocurre entre un 11% y 15% de los ciclos FIV con inseminación convencional (1,2) y en un 3% tras ICSI. Sus consecuencias son problemáticas para la pareja afectada.

- Fracaso de la implantación

El fallo de implantación es actualmente el principal factor limitante del éxito en los ciclos de fecundación in vitro (FIV). La gran mayoría de tratamientos consiguen un número aceptable de embriones de cuatro a ocho células; sin embargo, tan sólo unos pocos consiguen sobrevivir tras ser transferidos dentro de la cavidad uterina. En términos generales, clásicamente se considera fallo de implantación aquella situación en la que no hemos conseguido gestación tras transferir, en al menos tres ocasiones, tres embriones de buena calidad en un ciclo de FIV o de donación de ovocito. Sin embargo, habida cuenta de la tendencia a transferir un número cada vez menor de embriones, posiblemente en el futuro deba modificarse dicha definición.<sup>21</sup>

- Embarazo múltiple

La gestación múltiple en embarazos espontáneos representa el 1-2% de todos los embarazos. Cuando se usan fármacos estimuladores de la ovulación o tratamientos de Reproducción Asistida ésta se eleva hasta el 30-35%. Los motivos de este incremento son:

- La utilización de fármacos estimuladores de la ovulación, en casos de coito programado o inseminaciones artificiales, generalmente conduce a la existencia de más de un óvulo disponible para que pueda ser fecundado.
- La transferencia de más de un embrión en casos de Fecundación In Vitro (FIV).

❖ ***Complicaciones del feto y del recién nacido en gestaciones múltiples.***

---

<sup>21</sup> Matorras R, Hernández J (2007) Estudio y tratamiento de la pareja estéril. *Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción*. Madrid. Ed.Adalia. 245-377 Recuperado el 20/08/2013, de: <http://nuevo.sefertilidad.com/descargas/Seronocompleto.pdf>

La mayoría de las complicaciones fetales y neonatales están relacionadas con la prematuridad y el bajo peso fetal. Las complicaciones del feto y recién nacido en el embarazo múltiple son:

- El aborto o la pérdida intrauterina de uno o más fetos
- El crecimiento intrauterino retardado (CIR).
- Las anomalías congénitas.
- El parto pretérmino (antes de la semana 37 de embarazo) ocurre en más del 50% de los partos de gemelos, en el 90% de los trillizos, y en todos los embarazos cuádruples.
- La prematuridad está asociada con un riesgo aumentado de morbimortalidad neonatal.
- La muerte neonatal (durante el primer mes de vida), frente a una gestación única, se multiplica por 7 en los embarazos gemelares y por 20 en los triples.
- Las secuelas a largo plazo son 25 veces más frecuentes en grandes prematuros (peso inferior a 1000 gramos). La parálisis cerebral es la discapacidad neurológica más importante del recién nacido. Comparado con gestaciones únicas, es 6 veces superior en los gemelos y 18-20 veces mayor en los triples.

#### ❖ *Complicaciones maternas asociadas a gestación múltiple.*

- Aparecen con mayor frecuencia náuseas, vómitos, anemia, astenia, aumento excesivo de peso, pirosis y somnolencia.
- La hipertensión inducida por el embarazo es de tres a cinco veces más frecuente. En casos severos puede ocasionar riesgo para la vida de la madre y del feto.
- Son más frecuentes:
  - Anomalías placentarias que son causa de metrorragia.
  - Poli hidramnios.
  - Diabetes gestacional.
  - La amenaza de parto prematuro, que requiere mayor reposo en cama y/o hospitalización prolongada.
  - La realización de una cesárea: es más frecuente en partos gemelares y está siempre indicada para partos triples o de más de tres.<sup>22</sup>

También existe el riesgo de enfermedades infecciosas transmisibles en la reproducción asistida, entre ellas:

- Virus de la hepatitis C.

El riesgo de transmisión de la infección a través de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida deriva fundamentalmente de la presencia del VHC en semen,

---

<sup>22</sup> Matorras R, Hernández J (2007) Estudio y tratamiento de la pareja estéril. *Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción*. Madrid. Ed. Adalia. 395-397. {Versión Electrónica } Recuperado el 20/08/2013, de: <http://nuevo.sefertilidad.com/descargas/Seronocompleto.pdf>

que ha sido demostrada. La tasa de excreción viral en semen de pacientes con viremia se considera variable, aunque se ha demostrado la eficacia de las técnicas de fraccionamiento seminal utilizadas habitualmente en reproducción asistida para reducir o eliminar la carga viral presente en el semen, y con ella, el riesgo de infección. Considerando los actuales conocimientos sobre el riesgo de transmisión del virus de la hepatitis C por la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se considera necesaria la dotación de instalaciones adecuadas que permitan el tratamiento de gametos y embriones procedentes de pacientes con dicha infección con las medidas de seguridad biológica adecuadas.

- Virus de la hepatitis B.

Se ha documentado la posibilidad de contaminación cruzada de gametos y de embriones en el transcurso de su manipulación en el laboratorio de fecundación in vitro, cuando los procedimientos de cultivo embrionario incluían la adición de suero materno a los medios de cultivo, así como la transmisión de la infección entre material biológico criopreservado y almacenado en el mismo recipiente criogénico. El riesgo de transmisión de la infección a través de la manipulación en el laboratorio de fecundación in vitro, cuando los procedimientos de cultivo embrionario incluían la adición de suero materno a los medios de cultivo, así como la transmisión de la infección entre material biológico criopreservado y almacenado en el mismo recipiente criogénico.

- Virus de la inmunodeficiencia humana.

Otro de los riesgos argüidos es la posibilidad de transmisión accidental durante el proceso de tratamiento de gametos y embriones en el laboratorio de reproducción asistida, bien al personal del mismo o bien a las células germinales o embrionarias de pacientes no infectados. No existen antecedentes conocidos de transmisión de la infección en el transcurso de la aplicación de tratamientos de reproducción asistida; las posibilidades teóricas estimadas por analogía con los casos registrados para el virus de la hepatitis B y C son probablemente mayores que las reales, considerándola mayor tasa de transmisión de los últimos en relación con el VIH. No obstante, debe subrayarse la necesidad de desarrollar, en condiciones de seguridad biológica, cualquier tratamiento que implique el manejo de productos biológicos potencialmente infectivos.<sup>23</sup>

También existen riesgos y complicaciones derivados de la aspiración folicular, que es actualmente la técnica generalizada de recuperación de ovocito en los procesos de FIV.

A pesar de sus ventajas, la aguja de aspiración puede producir lesiones en los órganos pélvicos provocando serias complicaciones. Las más importantes son hemorragia, lesiones de estructuras e infección pélvicas. Otras complicaciones menos frecuentes son torsión de un anexo, ruptura de quistes endometriósicos e incluso osteomielitis vertebral.

---

<sup>23</sup> Matorras R, Hernández J (2007) Estudio y tratamiento de la pareja estéril. *Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción*. Madrid. Ed. Adalia 408-426 {Versión Electrónica } Recuperado el 20/08/2013, de: <http://nuevo.sefertilidad.com/descargas/Seronocompleto.pdf>

También se deben mencionar los riesgos de las técnicas de laboratorio en los niños recién nacidos tras FIV- ICSI

- Riesgos de alteraciones genéticas
- Riesgo de malformaciones congénitas

Y en el embarazo, como ya se dijo embarazo múltiple, además:

- Riesgo de embarazo ectópico.
- Riesgo de embarazo pretérmino.
- Riesgo de aborto.<sup>24</sup>

En este momento y teniendo en cuenta toda la información recaba, es donde entran colisión todas estas complicaciones físicas que pueden padecer el niño y su progenitora, con las patologías psicológicas que puede sufrir la madre en cuestión; esto es el duelo y los trastornos psicológicos perinatales (el más conocido es la depresión post parto), detonando todo esto en una serie de eventuales circunstancias negativas que rodean a la fecundación post mortem y que deben ser consideradas seriamente ya que la importancia de individualizar cada una de ellas radica en determinar si todos estos factores pueden poner en riesgo el bienestar del niño en el caso de que este nazca mediante las técnicas de reproducción asistidas en un estadio post mortem de alguno de sus progenitores. Por esta razón a continuación se realiza una exigua exposición a modo de síntesis de estas patologías con la finalidad de exponer cuales son los extremos que la ley debería cubrir a la hora de tratar esta problemática:

### ***El duelo.***

Aunque el duelo se defina como una reacción adaptativa normal ante la pérdida de un ser querido, es un acontecimiento vital estresante de primera magnitud, que tarde o temprano hemos de afrontar casi todos los seres humanos. En las escalas de Reajuste Social de Holmes & Rahe (1967) y Dohrenwend, Krasnoff, Askenasy, & Dohrenwend (1994), la muerte del hijo/a y la del cónyuge, son considerados como los acontecimientos vitales más estresantes por los que puede pasar un ser humano.

El duelo es un período de crisis, un estado de choque en todo el organismo que puede dar lugar a alteraciones físicas y complicaciones psicológicas. Diferentes estudios ponen de manifiesto que se multiplica por cuatro el riesgo de depresión en viudos/as durante el primer año (Zissook & Shuchter, 1991) casi la mitad de viudos/as presentan ansiedad generalizada o crisis de angustia en el primer año (Jacobs et al, 1990). (Pérez Trenado M. ,2007)<sup>25</sup>

Teniendo en cuenta el epicentro de este estudio, se exponen a continuación algunas de las manifestaciones más comunes que aparecen en personas en proceso de duelo, lo importante de esto es que el cónyuge sobreviviente pretende atravesar el procedimiento de fecundación en pleno duelo, ya que la misma debe realizarse, según el proyecto de reforma, dentro del año del deceso. Estas son según Pérez Trenado M. (2007):

---

<sup>24</sup> Matorras R, Hernández J (2007) Estudio y tratamiento de la pareja estéril. *Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción*. Madrid. Ed. Adalia 226-235 {Versión Electrónica } Recuperado el 20/08/2013, de: <http://nuevo.sefertilidad.com/descargas/Seronocompleto.pdf>

<sup>25</sup> Pérez Trenado M. (2007) Duelo proceso individual, proceso familiar, proceso social. Acompañamiento en el duelo y medicina paliativa. San Sebastián, España. Ed. Sociedad Vasca de cuidados paliativos.

- Reacciones físicas: Llanto, somnolencia, insomnio, taquicardia, punzadas en el pecho, falta de aire (disnea), hiperventilación, pérdida de pelo, sudor, temblores, sequedad de boca, anorexia, bulimia, debilidad, pérdida de la fuerza física, rigidez física, sensación de vacío, sensación de inquietud, momentos de pánico, momentos de asfixia, dolor de cabeza, dolor de estómago, etc.
- Reacciones afectivo-emocionales: Shock, aturdimiento, pánico, incredulidad, confusión, rechazo, rabia, miedo, angustia, tensión, desesperanza, desamparo, depresión, apatía, culpa, impotencia, inseguridad, incertidumbre, vulnerabilidad, tristeza, represión, nerviosismo, resignación, alivio, cariño, amor, serenidad, soledad.
- Reacciones cognitivas: Ideas de suicidio, falta de interés, falta de concentración, falta de memoria, pérdida de control, amnesia del hecho, búsqueda del ser querido, sentimiento de inferioridad, sueños, miedos, pensamientos raros, notar la mente en blanco, falacia de recompensa divina, dificultad para controlar el carácter, pérdida de capacidad de generar proyectos, necesidad de localización del ser querido, pérdida del sentido de la propia vida, alucinaciones, confusión, desorientación, pesadillas, culpabilización, auto-culpa, falta de autoestima, despersonalización, negación, demanda de justicia.
- Reacciones conductuales: Pérdida de confianza, resentimiento social, problemas familiares, problemas sociales, problemas económicos, problemas sexuales, aislamiento, sensación de no pertenencia al grupo social, retroceso del comportamiento, disminución de actividad, trastornos de conducta, drogadicción, alcoholismo, atesorar pertenencias, llanto, risa.
- Reacciones espirituales: Conciencia de propia finitud, ilusión de inmortalidad perdida, papel de Dios, búsqueda de significado, castigo divino, catastrofismo, necesidad de reconciliación, refugio en la fe y las creencias religiosas, proceso de crecimiento y madurez humano, religioso, moral, pérdida de sentido de la propia vida, crisis de las propias creencias, balance de la propia vida, búsqueda de serenidad, dudas existenciales, etc.

### ***Trastornos Psicológicos Perinatales.***

La principal causa de incapacidad en la mujer es la depresión. (Gaines, et.al, 2005). Los trastornos perinatales han sido identificados en mujeres de todas las culturas, edades, nivel social, y raza. (El término “perinatal” generalmente se refiere al periodo desde el embarazo hasta el primer año de vida.) Investigaciones científicas han demostrado que los trastornos perinatales pueden aparecer días o incluso meses después del parto. (Kendell, 1987)

Aunque se utiliza el término “depresión posparto” frecuentemente para describir los trastornos perinatales, existe un espectro de trastornos que pueden aparecer durante el embarazo y posparto. Estos incluyen:

- Depresión Posparto: Aproximadamente del 6.5 al 12.9% de las mujeres sufren algún grado de depresión después del parto. Los síntomas son muy diversos y pueden incluir: sentimientos de enojo, miedo y/o culpa, falta de interés en el bebé, trastornos del apetito y del sueño, dificultad al concentrarse y en la toma de decisiones, y posibles pensamientos agresivos hacia el bebé o hacia sí misma.
- Trastorno de Pánico Posparto: Esta es una forma de ansiedad que ocurre hasta en el 11% de las madres primerizas. Los síntomas incluyen: nerviosismo, ataques de

pánico reincidentes (hiperventilación, dolor de pecho, palpitaciones), preocupaciones o miedo (Wisner, Peindl and Hanusa, 1996).

- Trastorno Obsesivo-Compulsivo Posparto: Este es el trastorno perinatal peor entendido y peor diagnosticado de todos. Se estima que del 3 al 5% de las madres primerizas sufrirán los siguientes síntomas: obsesión (pensamientos persistentes o imágenes mentales repetitivas relacionadas o no con el bebé), compulsiones (hacer cosas una y otra vez para reducir el miedo y la obsesión), y un sentimiento de horror acerca de las obsesiones. Estas madres saben que sus pensamientos son raros y muy raras veces los ponen en práctica (Brandes et al, 2004).
- Trastorno por Estrés Postraumático: Del 1 al 6% de las mujeres experimentan este trastorno después del nacimiento del bebé. Los síntomas típicos incluyen: experiencia traumática del parto con una repetición del trauma vivido (a través de sueños, pensamientos, etc.), rechazo de estímulos relacionados con el evento (pensamientos, sentimientos, personas, lugares, detalles del evento, etc.), y un incremento persistente de sensibilidad (irritabilidad, dificultad para dormir, hipervigilancia).
- Trastorno de Psicosis Posparto: Ocurre aproximadamente entre 1 y 4 de cada 1,000 partos (Gaines, et. al, 2005). El comienzo es usualmente rápido y los síntomas incluyen: Delirios (pensamientos extraños), alucinaciones, irritabilidad, hiperactividad, insomnio, cambios de temperamento y toma de decisiones incorrecta. Hay un 10% de infanticidio/suicidio asociado con la psicosis posparto por lo que resulta imperativo tratar este trastorno inmediatamente.

Cuando no hay una intervención apropiada la depresión posparto puede prolongarse y generar consecuencias negativas tanto para la madre como para el bebé. Cuando no hay una intervención apropiada la depresión posparto puede prolongarse y generar consecuencias negativas tanto para la madre como para el bebé. (Trastornos Psicológicos Perinatales ,2005) <sup>26</sup>

Ahora bien, en suma y considerando todo lo dilucidado en el presente apartado, es dable comprender que salvo mínimas excepciones, es de lo más factible que cualquier madre que desee realizar la práctica de este tratamiento, encuentre no solo los escollos comunes que el proceso implica, sino que también se encontrará con un sin número de complicaciones y contraindicaciones que, como si fuese un círculo, siempre vuelven y rozan al niño y a su bienestar (físico, espiritual y psicológico), el cual debe ser garantizado por el Estado desde el momento de su concepción. Llevando el análisis un poco más lejos, el bienestar de la madre también podría verse afectado ya que es un proceso que llevara consigo un elevado riesgo de por si a su salud y a su integridad con lo cual también uno podría preguntarse si el Estado en el afán de otorgar seguridad a este sujeto de derecho, debería impedir la práctica de estas técnicas de reproducción post mortem con la finalidad de proteger el bienestar físico y emocional, en definitiva, la vida misma de esta persona.

Por esto, en esta investigación se advierte que una legislación que permita el uso de dichas técnicas que no esté centrada desde el punto de vista de las necesidades de los niños y de las responsabilidades que los adultos tenemos hacia ellos y también hacia nosotros mismos y hacia el bienestar de la familia en general, resultaría ineficaz

---

<sup>26</sup> Trastornos Psicológicos Perinatales (2005) *{Versión Electrónica} Descripción sobre los trastornos de ánimo perinatal y ansiedad*. Postpartum Support International. Recuperado el 23/10/2013, de: <http://www.postpartum.net/En-espa%c3%B1ol/Trastornos-Psicol%c3%B3gicos-Perinatales-.aspx>



y propiciaría el advenimiento en un futuro de secuelas negativas en el núcleo familiar gestado.

A modo de conclusión de este capítulo, es interesante exponer algunos lineamientos extraídos de la ley 26.061 de “Protección Integral a los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”<sup>27</sup>, a saber:

- Entiende por interés superior del niño a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esa ley.
- Propone un fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de los niños.
- Insta a que, en el ejercicio del derecho de los niños, se dé prioridad absoluta en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos.
- Hace responsable a la familia de asegurar en forma prioritaria a los niños, el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

Finalmente establece el derecho de los niños a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida. Estos lineamientos resultan no ser del todo compatibles con lo que la fecundación post mortem como instituto jurídico en sí propone, considerando fundamentalmente dos cuestiones: el nacimiento del niño que deliberadamente se encontrara huérfano de alguno de

---

<sup>27</sup> Ley 26.061 de “Protección Integral a los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”.

Art. 4: “*Políticas públicas. Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaboraran de acuerdo a las siguientes pautas:*

- a. *Fortalecimiento del rol de familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;*
- b. *Descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos de las distintas políticas de protección de derechos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia;*
- c. *Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles de coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente;*
- d. *Promoción de redes intersectoriales locales;*
- e. *Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.”*

Art. 5: “*Responsabilidad gubernamental. Los organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetas a esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica:*

1. *Protección y auxilio en cualquier circunstancia;*
2. *Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas.*
3. *Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;*
4. *Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice preferencia de atención en los servicios esenciales.”*

Art. 7: “*Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los organismos deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones”.*

sus padres, privándolo así del hecho de tener una familia y la eventual posibilidad de, según como se legisle, el niño quede privado de los derechos hereditarios de su progenitor premuerto, toda vez que esto implica un menoscabo en el ejercicio de sus derechos.

## **CAPÍTULO II.**

## PROBLEMÁTICA PRINCIPAL.

### Materias controvertidas ante la regulación de la fecundación post mortem.

#### 2.1. Cuestión sucesoria.

“No hay hecho jurídico que rebase en importancia a la muerte. La muerte, el más conmovedor fenómeno *vitae hominis*, remece con violencia atronadora hasta el último inciso del ordenamiento legal, produciendo una verdadera conmoción en el mundo jurídico”<sup>28</sup>

Cuando se nos presenta esta novedosa modalidad de reproducción asistida, una serie de interrogantes nos invaden y nos hacen reflexionar acerca de cuestiones sobre las cuales creíamos tener conocimiento detallado y capacidad para resolver los inconvenientes que ellas generasen; y nos damos cuenta que el avance de los conocimientos científicos nos coloca en una situación donde todo es nuevo y donde las tradicionales estructuras jurídicas se ven sacudidas y con la imperiosa necesidad de actualizarse ante las nuevas realidades. En esta sección se tratarán los temas relacionados con la problemática sucesoria que genera el hecho de la fecundación post mortem considerando una situación particular en la cual queda un vacío jurídico en el proyecto de reforma del código civil, en el articulado que regula la fecundación post mortem, en el cual indirectamente se priva de vínculo filial (impidiendo de esta manera el ejercicio de sus derechos hereditarios) a los niños que nazcan mediante estas técnicas, en un estadio post mortem de alguno de sus progenitores, siempre que no se hayan cumplidos los requisitos que se exigen, lo cual deja a estos niños en una situación de desheredación y negación de su identidad, ya que no serán reconocidos como hijos del cónyuge pre muerto.

Reanudando el planteo, el instituto que a primera vista entra en crisis ante la posibilidad de este tratamiento es el que relaciona al *nasciturus* con la calidad de sucesor legítimo, es decir, con la capacidad para suceder al padre fallecido. “Con el término sucesión –del latín *sucessio*– se designan todos aquellos supuestos en que se produce el cambio o sustitución de uno o más sujetos de una relación jurídica, o de un conjunto de relaciones jurídicas, en virtud de una transferencia o transmisión: cesión, enajenación, etcétera. La sucesión de tal modo provoca una modificación subjetiva de la relación jurídica, aunque queda inalterado, en principio, su contenido y su objeto.”<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> R. Ato del Avellanal (1967), *Proyecciones jurídicas de la muerte en diversas ramas del Derecho*. La Plata, Buenos Aires, Argentina. IX Revista del Colegio de Abogados de la Plata: Doctrina. Legislación. Jurisprudencia. Recuperado el 06/11/2013, de: <http://koha.senado-ba.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-searchresults.pl?authorid=26181&type=opac>

<sup>29</sup> Zannoni. E. (2003) *Manual de derecho de las sucesiones*. Buenos Aires. Ed. Astrea

Nuestro Código Civil en su artículo 3291 establece: “El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle.”<sup>30</sup> La fórmula de este artículo, claramente debido a la época de su redacción, no contempla ni remotamente las situaciones particulares creadas a raíz de las nuevas técnicas de reproducción asistida. En efecto, mediante esta técnica, es viable la concepción de un hijo luego de la muerte del causante, lo que nos genera el interrogante ¿es este niño concebido post mortem capaz de suceder a su progenitor? Esta polémica introducción que hace el proyecto de reforma en su artículo 563, al otorgar vínculo filial a los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida post mortem, siempre que exista un consentimiento firmado y que la implantación o concepción se produzca en el año siguiente del deceso (articulado que será analizado infra) ha llevado a la opinión pública y al público en general a realizar ciertas comparaciones; por ejemplo, se compara la situación de la incertidumbre que genera sobre los derechos sucesorios y las herencias ya repartidas entre los sucesores vivos al momento de la muerte del autor de la sucesión, la situación de la aparición de hijos extramatrimoniales, con la posible voluntad procreacional de la madre; lo cual resulta erróneo, ya que el primer caso es un acontecimiento fortuito, para el cual nuestro derecho positivo está capacitado para hacer frente, el caso de la concepción post mortem resulta deliberado y crea una nueva fuente de vocación sucesoria: la voluntad del cónyuge supérstite.

Anticipándonos un poco a las temáticas que serán analizadas en el siguiente capítulo, es interesante observar que en las distintas legislaciones internacionales que legislaron sobre la materia, no hay uniformidad de criterios en cuanto a derechos filiatorios se refiere. Por ejemplo, la legislación española ha optado permitir el procedimiento, siempre y cuando exista el consentimiento, y cumpliendo ese requisito le otorga todos los derechos que surgen de la filiación matrimonial. Por otro lado, la legislación inglesa priva de derechos filiatorios a los niños nacidos mediante estos procedimientos, teniendo en cuenta que el fin en este caso es evitar conflictos sucesorios que pueden llegar a surgir en un futuro. Esto resulta una contradicción categórica para con el interés superior del niño, ya que la criatura nacerá no solo huérfana, sino que también desheredada, idéntica situación en la que se encuentran en nuestro país los niños que (por distintos motivos) nazcan mediante estas técnicas fuera del plazo de un año indicado por el proyecto de reforma o que nazcan sin el consentimiento anterior del cónyuge fallecido.

Según sostiene Miguel Ángel Soto Lamadris “coincidimos en que se trata de un hijo extramatrimonial y también que carece de derechos hereditarios, pero ¿Por qué no podrá llevar ese hijo el apellido de su padre? Debe quedar claro que el hijo póstumo tiene todos los derechos derivados de la filiación, excepto el derecho a heredar a su padre..., y que no es necesario reglamentar sus prerrogativas porque estas surgen ya, expresamente de la ley. En realidad, no debería cuestionarse que derechos tiene el hijo nacido de la inseminación post mortem, si no cuales son las que no puede ejercer en razón de la forma y época en que se produjo la concepción.”<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Art. 3291 Código Civil: “El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle”.

<sup>31</sup>Pérez, Duarte y Noroña, Alicia Elena. (1992) “*Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*” de Miguel Ángel Soto Lamadris. Boletín Mexicano de

Radical es la postura de Ana María Carrasco, quien sostiene “Capacidad de suceder de los gametos crioconservados: considero que no tienen la entidad de concebidos o Nasciturus – careciendo prima facie de capacidad de suceder- a no ser que retornemos al viejo preformacionismo, una teoría que fue defendida hace más de una centuria. En esa época de muy escasos conocimientos científicos, los observadores, utilizando microscopios muy primitivos, creyeron ver la miniatura de una persona en el óvulo, e incluso en la mucho menor cabeza del espermatozoide. Para que de ahí saliera un individuo no se requería más que el crecimiento de esa miniatura a través del desarrollo. Si esto fuera cierto, nadie tendría que plantearse la cuestión de cómo se llega a realizar la complejidad de cada generación. Por lo tanto, los gametos, no son personas concebidas, ni tienen capacidad de suceder.”<sup>32</sup>

En un análisis de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sambrizzi sostiene que “en cuanto a los efectos que el procedimiento en cuestión tiene con relación a las reglas sucesorias, siguiendo una recomendación del Informe Warnock se ha afirmado que el hijo concebido luego de la muerte de su padre biológico no tiene derecho a heredarlo, solución que parece contradictoria desde un punto de vista lógico, al impedirle al mismo heredar a quien es su verdadero padre, no solo legal si no también biológicamente.”<sup>33</sup>

A entender de Patricia López Peláez “En otro caso entiendo que quedarán bastante desprotegidos los derechos del nacido por estas técnicas, que puede encontrarse en la situación de no poder recibir los derechos que le corresponderían, y disponer tan sólo de una acción de resarcimiento contra su madre por los daños derivados de no haber avisado con tiempo su posible nacimiento, acción que además si ejercita él solo podrá hacerlo transcurridos los dieciocho años necesarios para alcanzar la mayoría de edad, y que antes sólo podrá ejercitar, dado que su representación legal en principio corresponde a la madre como titular de la patria potestad, y el conflicto de intereses existente, un defensor nombrado por el juez.”<sup>34</sup>

Desde la redacción de este trabajo se rechaza la idea de la aprobación de la práctica y el empleo de esta técnica post mortem, pero también se observa la necesidad urgente de una legislación, advirtiendo que no es un instituto que resulte ajeno a la población. Así el estado de cosas, se verifica que, entre otros casos, existen hoy personas que están pendientes de la aprobación del proyecto de reforma, para proceder a realizarlo, por ejemplo el caso de Cecilia Núñez, quien “cuando su esposo murió en la tragedia ferroviaria de Flores, obtuvo un aval judicial para una extracción post

---

Derecho Comparado [versión electrónica], cit., págs. 102 y sgte. Recuperado el 15/08/2013, de: [www.redalyc.org/articulo.oa?id=42707323](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42707323)

<sup>32</sup> Carrasco A. (2000) “La fecundación post mortem y el derecho sucesorio”. Ponencia. Facultad de derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 09/07/2013, de: [http://www.robertexto.com/archivo16/concebido\\_suj\\_dchos.htm](http://www.robertexto.com/archivo16/concebido_suj_dchos.htm)

<sup>33</sup> Sambrizzi, E.A. (2012). *La fecundación post mortem* {versión electrónica}. En *Análisis del nuevo código civil y comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado el 21/05/2013, de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf>

<sup>34</sup> Peláez López P. (1994) “Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem” Boletín de la Facultad de Derecho. N° 6. Unam. Recuperado el 19/09/2013, de: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-6EB71E807&dsID=PDF>

mórtem de esperma y ahora pelea por ser madre”.<sup>35</sup> Este es solo uno de los casos públicos, pero lo importante aquí es que al igual que diversas técnicas que todavía no han sido legisladas, muchas veces son puestas en práctica a pesar de no estar reguladas y de ser así, es primordial amparar el derecho del *nasciturus*, en este caso, sus derechos sucesorios y su legitimidad como hijo, por esto se advierte la imperiosa necesidad de una legislación que al margen de que permita o prohíba la fecundación post mortem, regule lo que pueda llegar a pasar con los derechos de estos seres por nacer.

## 2.2. Tutela del interés superior del niño.

Los niños son el futuro de nuestro planeta. Son lo que fuimos, lo que somos y los que seremos, entendido desde el punto de vista de que todos los seres humanos tenemos una primera etapa que es la niñez, en la cual absorbemos todas las experiencias que suceden a nuestro alrededor, para proyectarnos al futuro como adultos. Es nuestra obligación primera cuidarlos abastecerlos, y satisfacer sus necesidades físicas, emocionales, espirituales y psicológicas.

Un aspecto crucial en el debate que abordamos es la transgresión en los derechos de los niños, los cuales no pueden ser vulnerados ni desestimados. Y sobre este aspecto, la tutela del interés superior del niño es uno de los puntos controvertidos que ha generado el debate por la fecundación post mortem. Como claramente lo expone Cillero Bruñol en “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del niño”<sup>36</sup>(convención que eleva el interés superior del niño al carácter de norma), el término hace referencia a la plena satisfacción de todos sus derechos. Como explica el autor, desde la vigencia de la Convención el interés superior del niño pasa a ser un principio garantista que obliga a la autoridad, y goza de consideración primordial, es decir que en caso de entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, los derechos de los niños deberán ponderarse de un modo prioritario. Es por esta razón que este instituto adquiere relevancia en esta investigación ya que son los derechos de los niños (fundamento del interés superior) los que colisionan con el deseo de uno de sus progenitores de realizar una fecundación post mortem.

En palabras de Saelzer Turner S. (2000)<sup>37</sup>: el hijo, denominación que alude a las relaciones filiales del niño con sus progenitores, no ha quedado ajeno a la tendencia contemporánea de garantizar y proteger los Derechos Humanos. En efecto, en la medida que se ha avanzado en la consagración y tutela de los derechos fundamentales de las

---

<sup>35</sup> Fabiola Czujaj (27/12/2012) “La vida quiere imponerse a la tragedia” Diario La Nación {Versión Electrónica} puede consultarse en: <http://www.lanacion.com.ar/1540597-la-vida-quiere-imponerse-a-la-tragedia> (Consultado el 13/07/2013)

<sup>36</sup> Cillero Bruñol M. (1998) “*El interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del niño*” Editorial Temis/Desalma. Colombia. Recuperado el 05/09/2013, de: [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)

<sup>37</sup> Saelzer Turner S. (2000) *Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*. Revista de Derecho, Vol. XI, Valdivia, pp. 13-26. Recuperado el 03/08/2013, de: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502000000100002&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502000000100002&script=sci_arttext)

personas, también los niños han reportado los beneficios de ser considerados sujetos plenos de tales derechos, con ciertas peculiaridades atendida su condición de sujeto con potencialidad de desarrollo futuro. Este desarrollo ha servido de base para la formulación de la denominada “doctrina de protección integral” de los niños, en que protección integral es sinónimo de protección de derechos. Es decir, los mecanismos complementarios de protección de los derechos del niño no son autónomos sino fundados en los dispositivos generales de amparo de los Derechos Humanos.

En la fecundación post mortem se priva intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna). De esta forma, el derecho habilitaría la concepción de huérfanos, lo cual resulta cruel para los niños. Afirma la Dra. Basset que tendremos niños que serán concebidos de un padre ya premuerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en esos niños (como toda orfandad, incluso la no querida), aunque resulte de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la errónea proyección de mantener vivo, de alguna manera, a quien ya falleció.<sup>38</sup>

Teniendo en cuenta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentra a simple vista tal y como expone el artículo 7<sup>39</sup>, que la fecundación post mortem infringe directamente la normativa, la cual recomienda que “el niño tendrá derecho... en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, ya que existiendo la posibilidad de que el niño sea concebido en un ámbito familiar completo, esta técnica viene a quebrantar la posible unidad familiar, permitiendo la concepción de un niño que carecerá necesariamente de un vínculo familiar y del cuidado y la tutela que el mismo progenitor faltante podría efectuar.

En palabras de la Martinazzo (2012)<sup>40</sup> “el interés superior del niño colisiona con la libertad y autonomía de sus progenitores. El interés superior del niño impone que se desarrolle y nazca en condiciones apropiadas y favorables para su formación y el equilibrio de su personalidad. Un hijo es un ser humano, un fin y un valor en sí mismo, no puede ser instrumentalizado, y convertido en objeto de un derecho para satisfacer la necesidad afectiva de sus progenitores. Se crea intencionalmente un huérfano satisfaciendo el deseo egoísta de la mujer por revivir la imagen del marido fallecido, o bien del de cujus, que ha querido immortalizarse.”

El Artículo 8<sup>41</sup> de la Convención profundiza un poco más e introduce la noción de relaciones familiares, las cuales los Estados partes se comprometen a preservar,

<sup>38</sup> Basset Úrsula (2012) “Análisis del proyecto de nuevo código civil y comercial 2012”, Facultad de Derecho UCA, ED, Buenos Aires. Recuperado el 03/08/2013, de: <http://bibliotecajudicial.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>

<sup>39</sup> Artículo 7 inciso 1 Convención sobre los derechos del niño: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

<sup>40</sup> Martinazzo E. (2012) Reforma del Código Civil. Temas: Derecho de familia. Reproducción Humana Asistida. Ponencia. Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/07/2013, de: [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL\\_MARTINAZZO.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL_MARTINAZZO.pdf)

<sup>41</sup> Artículo 8 inciso 1 Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

entendido esto como promover las acciones tendientes a que todos los niños del mundo posean un contexto de relaciones familiares propio, adecuado y sano, en donde sea capaz de desenvolver todas sus capacidades, desarrolladas y fomentadas en ese núcleo familiar, normativa sobre la cual la fecundación post mortem infringe claramente al atentar contra este tipo de relaciones. E incluye también el derecho a la identidad, el cual mediante la realización de este tipo de procedimientos puede asumir algún tipo de perjuicio en un futuro, cuando el niño se encuentre confundido al querer comprender cuáles son sus orígenes.

Pedro Federico Hooft ha sostenido sobre el tema que el derecho de todo niño de tener un padre y una madre, al ofrecerle mayores posibilidades de alcanzar un armónico desarrollo bio-psico-social y espiritual, debe prevalecer frente al deseo de la mujer de procrear al margen de un grupo familiar pleno; y agrega que la legitimación de la fecundación artificial en mujeres solas, lato sensu, contraria la razón misma de ser del desarrollo de las nuevas técnicas de procreación asistida. Agrega Hooft que en principio no parece razonable invocar un presunto derecho de la mujer de elegir el tipo de familia que desea constituir (monoparental), cuando esa prerrogativa entra en colisión con los derechos de los niños y las exigencias del bien común.<sup>42</sup>

Teniendo en cuenta que el cónyuge supérstite sea la madre, se debe tener en cuenta el perjuicio que puede tener la falta de un padre en el desarrollo emocional y psíquico del niño.

Según Winnicott “El padre es importante en la formación del niño porque es el que apoya moralmente a la madre y ocupa el lugar de la ley y el orden. Además, en el caso de los hijos, es el que sirve como modelo en la etapa de identificación. En las niñas el padre es el ideal de hombre.”<sup>43</sup> El rol del padre es de vital importancia para el que el niño pueda percibir en la naturalidad propia del vínculo, los elementos necesarios para articular su propia identidad y para formar en su interior la imagen de un hombre adulto, para que se sienta protegido y para que su imagen de familia no se encuentre distorsionada.

Diversos autores como el ya nombrado Winnicott, Tinsley y Parke, exponen al padre como sostén emocional, y teniendo en cuenta esto, podemos imaginar a cuantos obstáculos se está por enfrentar la mujer que se someta a este tratamiento, no solo que el niño que carecerá del afecto y la imagen paterna, si no que esta esposa hará frente sola y por convicción propia a esta situación.

Otro es el caso en que el cónyuge supérstite es el padre, donde el embrión crio conservado de la madre fallecida es implantado en un vientre subrogado. En este caso el vacío es de una envergadura colosal, teniendo en cuenta la profundidad del vínculo entre madre e hijo. La concepción de un hijo sin madre resulta controversial e inaudito. Ya sea desde los aspectos físicos, considerando que los lazos afectivos se generan a través del contacto piel con piel con el niño recién nacido, a través del contacto visual,

---

<sup>42</sup> Sambrizzi, E.A. (2012). *La fecundación post mortem {versión electrónica}*. En *Análisis del nuevo código civil y comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho.

<sup>43</sup> Winnicott, D.W. (1971). *Playing and Reality*. London: Tavistock Publications



de que el niño escuche a la mamá y de que esta pueda tocarle y abrazarlo, y lo fundamental que resulta el amamantar al bebe, no solo por las virtudes inmunológicas que la leche materna posee, sino por el vínculo de amor que los une y de lo estimulante y confortante que es para él bebe. Desde un punto de vista emocional, se supone que desde la concepción, él bebe conoce a su madre, la oye hablar y percibe su fragancia, por esto el primer interés del niño es su madre, interés que el niño nacido mediante estas técnicas, no solo carecerá durante su gestación, si no que (a diferencia la subrogación de vientre tradicional, donde luego del alumbramiento el pequeño permanece con su madre biológica), este niño no tendrá la posibilidad de establecer ningún tipo de vínculo con su progenitor.

Debería considerarse también posibilidad latente de alguna enfermedad del bebe, discapacidad o prematuridad y el vacío emocional que puede sentir la criatura al necesitar a su madre o a su padre en caso de que sucedan alguno de estos altercados. Así también el caso de que la madre tenga alguna enfermedad generada por el parto y se encuentre sin el apoyo y sin la ayuda de su marido, siendo estas cuestiones imprevistas e involuntarias.

En suma, todas estas cuestiones no deberían bajo ningún punto de vista perturbar los derechos de nuestros niños, por lo que este debe ser el eje central de análisis a la hora de considerar la realización de este tipo de técnicas, amparando siempre primeramente su estabilidad física y emocional y todo el espectro de derechos que detenta desde el momento de la concepción.

## CAPÍTULO III.

### LEGISLACION Y DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL.

#### **3.1. Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011.**

Como se dijo a lo largo de todo el presente trabajo, nuestro país carece de legislación acerca del procedimiento de fecundación post mortem y encuentra en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación su primera proyección en cuanto a la incorporación en la normativa nacional.

Este proyecto propone, en un reducido número de artículos, la legislación sobre la temática en cuestión, sin escapar a la controversia que esto genera.

Así lo advierte en el artículo 19<sup>44</sup> del citado proyecto, donde realiza la descripción del comienzo de la existencia humana, estableciendo que la misma “comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión” en el vientre de la madre. Este artículo originó obvias polémicas.

En primer lugar desconoce el estatus de persona humana a los embriones que aún no han sido transferidos a la madre y promueve con esto, una enorme grieta en cuanto a los avances jurisprudenciales que se han tenido al respecto.

A entender de la doctora Martizzano (2012) existe una discriminación legal: “evidentemente la normativa efectúa una franca discriminación entre los niños gestados biológicamente, de aquellos concebidos mediante las THRA. Es clara la protección que se acuerda a los niños concebidos naturalmente, en tanto se desprotege a los concebidos mediante TRHA. Los primeros adquieren el “status de persona humana” desde la concepción, en tanto los segundos, recién en el momento de la implantación en el útero materno. Quien conoce de técnicas de reproducción humana asistida, sabe que desde el momento de la fecundación in vitro, hasta el momento de la implantación en las paredes uterinas, transcurren aproximadamente 14 días, periodo en el que estos embriones humanos no son considerados personas y están expuestos a la experimentación, al descarte y a una muerte inminente.”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Art. 19 Proyecto de reforma del código civil y comercial: Comienzo de la existencia. “*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.*”.

<sup>45</sup> Martinazzo Ethel Elsa Iris (2012) Reforma del Código Civil. Temas: Derecho de familia. Reproducción Humana Asistida. Ponencia. Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/07/2013, de: [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL\\_MARTINAZZO.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL_MARTINAZZO.pdf)

Sostiene la misma autora que “las TRHA, imponen fecundar varios ovocitos, (cinco o más) de los cuales solo se transferirán al útero materno dos o tres, a efectos de evitar que el procedimiento se frustre, dado que, en la mayoría de los casos, el porcentaje de los fracasos es sumamente elevado. Los embriones sobrantes llamados “residuales”, permanecerán criopreservados en nitrógeno líquido a más de 160° bajo cero, para luego ser sometidos a la experimentación humana y a su posterior eliminación, lo que implica un destino cierto y preciso de muerte segura. Evidentemente esta discriminación legal reconoce el derecho a la vida y al desarrollo de los niños concebidos biológicamente, en detrimento de los concebidos por medios de las TRHA, lo que resulta totalmente inadmisibles”<sup>46</sup>

Mucho más crítica y tajante es la opinión de López de Zavalía<sup>47</sup> en la disertación sobre Los principios generales del Derecho Civil en el Proyecto de Reforma, al respecto del artículo en cuestión sostiene que: “Conceder al Estado el derecho de determinar arbitrariamente qué individuo de la especie humana es persona en el sentido de la ley y quien no, y a partir de qué momento lo es, “significaría privar a los derechos humanos de su carácter de derechos fundamentales. Pues mediante la respectiva definición de hombre se podría limitar en todo momento el número de aquellos a quienes les está permitido reclamar ese derecho... En otras palabras, aún bajo el actual paradigma científico, la única consecuencia ética y jurídica válidamente predicable sería la abstención de tales hechos, porque un cambio de paradigma podría traernos la desgraciada – y sumamente trágica- confirmación de haber perpetrado un verdadero genocidio. El imperativo ético que corresponde aquí aplicar arranca, para usar palabras de Hans JONAS, de la "heurística del temor". (*Heuristik der Furcht*) respeto mezclado con miedo- Es el miedo a las consecuencias irreversibles del progreso (manipulación genética, aniquilación en masa de seres humanos), lo que nos obliga a actuar imperativamente prohibiendo tales comportamientos, para cumplir con la nueva formulación del imperativo categórico, pero aplicado con mayor rigor todavía, que propone Hans JONAS: «*Incluye en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre*».”

A entender de Germán Eduardo Grosso Molina<sup>48</sup> “La confusión contenida en el Proyecto se crea por el sólo hecho de negar la realidad. Es la ciencia biológica la que nos da la respuesta, y negar la verdad lleva a injusticias graves. La norma ideada no debería distinguir entre concepción natural y artificial, pues a través de ambas, pese a los reparos éticos que presenta la segunda, se da origen a un nuevo ser humano, el cual por el sólo

<sup>46</sup> Martinazzo Ethel Elsa Iris (2012) Reforma del Código Civil. Temas: Derecho de familia. Reproducción Humana Asistida. Ponencia. Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/07/2013, de: [http://ccyen.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL\\_MARTINAZZO.pdf](http://ccyen.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL_MARTINAZZO.pdf)

<sup>47</sup> López de Zavalía F. (2006) *Las técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de código civil. Una gravísima violación a derechos humanos fundamentales de la persona*. Disertación pronunciada el día 22 de Junio 2006 en el marco de una Jornada de Análisis Crítico del Proyecto de reforma de la legislación civil y comercial organizado en Tucumán por Libertad y Progreso, centro de investigación en políticas públicas. Recuperado el 23/08/2013, de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-y-el>

<sup>48</sup> Grosso Molina G. (2013) *"El desinterés por la vida del embrión humano en el Proyecto de Reforma del Código Civil. Aportes para una eventual legislación especial"*. Ponencia. Escuela de Capacitación Judicial 1° Seminario de Abogados del Poder Judicial de San Juan. Recuperado el 01/12/2013, de: <http://drgermangrosso.blogspot.com.ar/2013/07/el-desinteres-por-la-vida-del-embrión.html>

hecho de pertenecer a nuestra especie, reviste "personalidad" jurídica, y resulta ser sujeto de derecho.”

Los argumentos que se han dado para justificar este artículo, resultan por momentos válidos, pero a su vez contradictorios y siguen dejando lagunas en la cuestión, sostiene López de Zavalía en su disertación en el marco de una jornada de Análisis Crítico al Proyecto de reforma, dos puntos importantes. Por un lado, las consideraciones de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, que plantean:

“«Status biológico del pre-embrión. Aspectos técnicos y científicos actuales. Desde la perspectiva biológica la vida es un proceso dinámico y continuo, no un momento, y desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona. La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva considera que existe en Argentina una gran confusión en la nomenclatura y que debe definirse específicamente los diferentes estadios evolutivos en la etapa pre-embionaria. Según el conocimiento actual se considera: Fecundación: Se denomina fecundación al proceso que se inicia con la entrada del espermatozoide al óvulo. En caso de ser normal dará lugar al cigoto. Pre-embrión: Desde un punto de vista biológico, se denomina pre-embrión al estadio evolutivo que se inicia con el ovocito fecundado o cigoto y finaliza con la implantación del mismo en el útero materno. [...]

Si bien el pre-embrión no es persona actual, es un conjunto celular indiferenciado, con una probable potencialidad de serlo en un bajo porcentaje de casos. De esa potencialidad deriva un status diferente o un nuevo status que desde la perspectiva bioética merece el máximo respeto, protección y cuidado»”<sup>49</sup> Al entender del autor “el pasaje contiene una insalvable falla lógica, pues comienza afirmando que «Desde la perspectiva biológica la vida es un proceso dinámico y continuo, no un momento, y desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona», para más adelante disparar esta desconcertante afirmación: «Si bien el pre-embrión no es persona actual...». La contradicción es tan evidente que golpea la vista, pues si por hipótesis «desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona» (lo cual es, según se ha de ver, correcto bajo el actual paradigma científico), la afirmación según la cual, en ese proceso dinámico y continuo «el pre-embrión no es persona actual», se presenta como manifiestamente vertida fuera de la esfera de competencia rigurosamente científica, para configurar un mero prejuicio u opinión ajeno al campo estricto de la ciencia.”

En segundo lugar presenta la fundamentación utilitarista, representándola en la exposición de Roxin:

“« [...] no existe posibilidad científica de que el embrión se desarrolle fuera del cuerpo de la mujer y tampoco lo hay de que el procedimiento de reproducción extracorpórea se realice sin crear varios embriones. De entre ellos, no pueden implantarse varios en el cuerpo de la mujer, por los peligros que ello implica y desarrollado uno, los demás no son usados. Por lo que reconocer personalidad humana al embrión implicaría darle todos los derechos civiles que corresponden

<sup>49</sup> Ver: [http://www.samer.org.ar/publicaciones\\_normativas\\_preembriones.php](http://www.samer.org.ar/publicaciones_normativas_preembriones.php). Contra ese enfoque, entre otros, ver: [www.unav.es/humbiomedicas/apardo/preembrion.pdf](http://www.unav.es/humbiomedicas/apardo/preembrion.pdf) <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/875/87506401.pdf>; recuperado el 23/08/2013, de <http://www.profesionalesetica.org/manifiesto.php>

y además la imposibilidad de darles un destino diferente a la implantación. Con lo cual, el resultado, sería que se debiera prohibir la reproducción humana asistida y, con ello, privar a parejas heterosexuales y homosexuales a formar una familia. Esto, en el estado de la ciencia actual»<sup>50</sup> Y para contrapesar este fundamento, el autor enarbola uno de los principios de la filosofía Kantiana, posición a la cual adherimos, sosteniendo que “no hay estrictamente y en sentido propio un derecho al hijo, toda persona es un fin en sí mismo, un verdadero auto fin, que no puede convertirse en medio para la felicidad de otra”.<sup>51</sup>

Como se dijo supra, quizás la redacción de este artículo, peque de demasiada precisión, es decir, sea demasiado clara la segregación que propone entre las dos clases de “entes” que describe, separando abiertamente al embrión concebido en el seno materno con el concebido extracorpóreamente y que aún no ha sido transferido al vientre de su madre, resultando necesario corregir la expresión del artículo, para incluir en el a todos los seres humanos, sin discriminación en cuanto a su concepción y teniendo en cuenta que sea cual fuere la postura que se adopte, todas deben considerar el bien jurídico fundamental que está en juego, que es la vida misma.

Siguiendo con el articulado del citado proyecto, sobre la materia que nos compete, nos encontramos frente al nuevo artículo 558<sup>52</sup> el cual incluye como fuente de la filiación a las técnicas de reproducción humana asistida y limita los vínculos filiales a dos. Esta norma ha considerado a las TRHA, lo cual se considera un gran avance, teniendo en cuenta que los procedimientos normales (los que no son post mortem) se realizan en la actualidad, cotidianamente.

Los artículos 560<sup>53</sup> y 561<sup>54</sup> inauguran el capítulo “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” y el primero de ellos vuelve

---

<sup>50</sup> Roxin C. (1997) *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas Ediciones.

<sup>51</sup> López de Zavalia F. (2006) *Las técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de código civil. Una gravísima violación a derechos humanos fundamentales de la persona*. Disertación pronunciada el día 22 de Junio 2006 en el marco de una Jornada de Análisis Crítico del Proyecto de reforma de la legislación civil y comercial organizado en Tucumán por Libertad y Progreso, centro de investigación en políticas públicas. Recuperado el 23/08/2013, de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-y-el>

<sup>52</sup> Art. 558 Proyecto de reforma del código civil y comercial: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

<sup>53</sup> Art. 560 Proyecto de reforma del código civil y comercial: “Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.”

<sup>54</sup> Art.561 Proyecto de reforma del código civil y comercial: “Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”

a generar polémica al sostener la postura esgrimida en el artículo 19. El mismo establece el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida de las personas que se someten a los mismos y manifiesta: *“El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.”* Como se ha tratado en el análisis del artículo 19, esta doctrina deja sin tutela jurídica al embrión crioconservado que aún no ha sido implantado, lo que en palabras de Martizzano “es éticamente incorrecto, por cuanto al hablar de implantación, se supone que ya existe previamente un embrión humano concebido que si el acto de revocación se produce en este preciso momento del proceso de fecundación asistida, este microscópico ser humano estará destinado al congelamiento, a un destino incierto y a una muerte segura”<sup>55</sup>Nos remitimos a la postura adoptada en el análisis del artículo 19.

Por otro lado, el artículo 561 no escapa a la polémica y se relaciona estrechamente con el 575<sup>56</sup>, los mismos establecen la voluntad procreacional y en la misma se resta (técnicamente se anula) responsabilidad a quien sea que haya aportado los gametos en los casos de TRHA, negando explícitamente la existencia de vínculo entre los terceros que sean aportantes de gametos en el proceso reproductivo para con el niño concebido. Visto desde esta óptica resulta triste y violatorio al interés que pueda llegar a tener el niño, toda vez que según este artículo, al niño nacido mediante esta técnica se le niega el vínculo filial con uno de sus progenitores, prohibiéndole así la posibilidad de conocer sus orígenes y perdiendo la posibilidad de ejercer sus derechos sucesorios y demás derechos nacidos de la relación progenitor-hijo. En palabras de Martizzano a las cuales adherimos “La voluntad de las partes, carece de entidad para desvirtuar un hecho natural y científico como es la concepción de una nueva vida humana. Los niños gestados con los procedimientos TRHA heteróloga, donde resulta imprescindible la donación de gametos de terceros, serán hijos biológicos de uno de los esposos y del donante del gameto, este es un hecho científico indestructible por la sola voluntad de los contratantes, dado que los cromosomas son aportados por estos, y la carga genética propia del nuevo ser humano deriva de ellos. El derecho no puede, ni debe amparar la falsedad del origen de una persona, ello lesiona gravemente el derecho de identidad de los niños (protegido por la Convención de los Der. del Niño), tampoco puede el derecho admitir el fraude a la realidad biológica.”<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Martinazzo Ethel Elsa Iris (2012) Reforma del Código Civil. Temas: Derecho de familia. Reproducción Humana Asistida. Ponencia. Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/07/2013 de : [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL\\_MARTINAZZO.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL_MARTINAZZO.pdf)

<sup>56</sup> Art. 575 Proyecto de reforma código civil y comercial: *“Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.”*

<sup>57</sup> Martinazzo E. (2012) Reforma del Código Civil. Temas: Derecho de familia. Reproducción Humana Asistida. Ponencia. Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/07/2013, de: [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL\\_MARTINAZZO.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL_MARTINAZZO.pdf)

Y finalmente llegamos al artículo 563<sup>58</sup> el cual ha servido como fuente de inspiración a la presente investigación. El mismo regula el novedoso instituto (por lo menos para nuestra legislación) de la filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida, otorgando vínculo filial al nacido del uso de las técnicas de reproducción humana asistida con la persona fallecida siempre que exista un consentimiento previo o testamento y establece el límite temporal de un año para la implantación del embrión. La fijación de un plazo para la realización del procedimiento responde por lo menos a despejar de alguna manera la incertidumbre acerca de los derechos hereditarios del causante que si en el plazo de un año no se realiza la fecundación, el niño no tendrá derecho a heredar, quedando intacta la situación de los demás sucesores.

Para integrar a la línea sucesoria al nacido post mortem que ha sido concebido fuera del plazo legal establecido para ser sucesor legítimo, el proyecto incorpora el nuevo artículo 2279<sup>59</sup>, en el mismo incluye dentro de las personas que pueden suceder al causante a las “nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida”, lo cual resulta lo más lógico dentro de todo el cuadro de situación.

Como podemos observar los artículos propuestos dan respuesta a algunos de los interrogantes, pero no resultan consistentes para solucionar el fondo de la cuestión.

Por otro lado, el artículo 2279 le concede capacidad de suceder al niño, siempre que se cumplan con los requisitos anteriormente expuestos. Esta postura, resulta limitada y no abarca todas las situaciones posibles que genera este procedimiento.

Tal es el caso hipotético de, en el albor de esta técnica, algún juez de nuestro país, (como ya ha sucedido), otorga la autorización para realizar una extracción post mortem de semen y alguna clínica desprevenida, desinformada o clandestina, realiza la fecundación, sin tener el consentimiento y careciendo al día de hoy de legislación; de esta manera y según los artículos referidos, el niño inauditamente solo tendría un vínculo filial, entendido este con su madre, carecería de padre y desde el momento de su alumbramiento resultaría no solo huérfano de padre, si no también excluido de la sucesión del mismo, lo cual no solo resulta evidentemente injusto sino que también conlleva una desmesurada responsabilidad para el cónyuge sobreviviente. Este es uno de los aspectos críticos, que el articulado del proyecto de reforma no prevé y que

---

<sup>58</sup> Art. 563 Proyecto de reforma del código civil y comercial: “Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.  
b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.”

<sup>59</sup> Art. 2279 Proyecto de reforma del código civil y comercial: “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 563; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.”

debería considerarse ya que es una situación que es muy posible que suceda y que conlleva grandes consecuencias jurídicas negativas (negación de identidad del niño, pérdida de sus derechos sucesorios y de su vínculo filial con el progenitor fallecido).

Así mismo esta normativa tampoco contempla los supuestos, en que el fallecido sea el padre en una pareja homosexual y el cónyuge sobreviviente recurra a una donante de óvulos y a una madre subrogante para cumplir su anhelo de tener un hijo de su esposo, o el caso en que la fallecida sea la madre y existiendo óvulos criopreservados, la cónyuge se asista de un donante de semen para conseguir la concepción; resultando en estos casos el niño nacido con la particularidad de no tener ningún vínculo filial con ninguno de sus progenitores lo cual se agota en una realidad no solo inconveniente sino también algo morbosa y poco ética, pero que al legislarse la fecundación post mortem, deberán ser considerados ya que todas las parejas deberían tener derecho a ello, no solo las heterosexuales.

Un punto importante a considerar sería (en el caso de que nuestros legisladores secunden esta propuesta), y que no está en inserto en el proyecto de reforma; que en la etapa previa a la firma del consentimiento plasmado en el artículo 560 del proyecto de reforma, se requiera, a los fines de darle a los futuros padres una dimensión concreta de la importancia del hecho que van a consentir, un protocolo de intervención psicológico, el cual tendría por objetivo indagar en cuáles son los verdaderos motores, necesidades, proyecciones internas de cada uno dentro de la pareja para llevar adelante fortuitamente este procedimiento y a su vez identificar las debilidades que pueden llegar a tener los cónyuges a la hora de enfrentar solos el día de mañana la crianza de un niño y reflexionar si realmente están capacitados para ello y si podrán cumplir con todas las obligaciones que exige la filiación, o si el mejor camino sería la adopción o en un futuro quizás con otra pareja cumplir el anhelo de ser padres. Este protocolo tendría una duración determinada y un alta que a pesar de no poder vetar ninguna decisión y de no ser vinculante, contribuirá a la sana toma de conciencia por parte de los padres.

Probablemente este tipo de intervenciones ayudaría a que muchas parejas comprendan el tamaño de la decisión que toman al firmar este consentimiento, y que con esto su resolución sea fundada, profunda y pensada acerca de cómo proceder, y teniendo en cuenta siempre que lo fundamental es el bienestar del hijo que puede llegar a ser concebido y en cómo será su crianza, teniendo en cuenta que según el proyecto de ley la concepción deberá acaecer dentro del año de la defunción lo cual, no solo se atravesara un duelo sino que tendrá que lidiar con los bemoles de un proceso de fertilización (con todos los riesgos supra expuestos) más el próximo alumbramiento. Cabe agregar que a la fecha no se ha reformado el código y continúan los debates acerca de la legitimidad de la reforma, convirtiéndose en una lucha entre los sectores antagónicos de la política argentina.



### **3.2. Recepción legislativa internacional.**

A continuación, se examinará brevemente la normativa de los países que se han pronunciado sobre la fecundación post mortem, algunas a favor, permitiendo la realización del procedimiento y otras en contra, prohibiendo la práctica del procedimiento. Esta exposición se estima pertinente, a los fines de obtener un panorama global de la regulación que se le da a este instituto a nivel mundial. Las principales son España e Inglaterra.

#### ***Ley española.***

La ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida establece en su artículo 9<sup>60</sup> el supuesto de la fecundación post mortem. El mismo utiliza varias de las fórmulas de las que se ha valido el proyecto de reforma al código civil y comercial argentino, pero previendo alguno de los desaciertos de esta última. El mismo contiene:

- Un consentimiento (similar al que establece nuestro proyecto de reforma) para que su material reproductor pueda ser utilizado en los próximos 12 meses luego de su deceso (mismo plazo también que del proyecto de reforma).
- La firma de este consentimiento hace que se produzcan los efectos legales de la filiación matrimonial (ídem proyecto de reforma).
- El consentimiento para la aplicación de estas técnicas puede ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

Esa es la principal diferencia con nuestra normativa, ya que autoriza la revocación antes de la realización de las técnicas, distinto del proyecto argentino que permite la revocación a pesar de hacerse realizado la fecundación, si es que aún no se ha realizado la implantación.

#### ***Ley inglesa.***

La Human Fertilisation and Embryology Act de 1990, al igual que la legislación española, solicita en consentimiento escrito del marido, no prohibiendo la práctica de la técnica, pero le quita los derechos filiatorios al niño concebido de esta manera, quedando de esta manera, con un solo vinculo filial y desheredado.

---

<sup>60</sup> Art. 9 Ley Española 14/2006: “*Premoriencia del marido*

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

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

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

**Ley alemana.**

La Embryonenschutzgesetz (ley de protección al embrión) n° 745/90 de Alemania en su artículo 4<sup>61</sup> prevé una pena privativa de la libertad de hasta tres años a quienes “fecundaran un ovulo con espermatozoides de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa”. Queda clara cuál es la posición de esta legislación, lo que vale aclarar es que en este supuesto la mujer que haya solicitado el tratamiento no será procesada.

**Ley francesa.**

La ley Relativa a la Bioética N° 2004/800 del 6 de agosto del 2004 (Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique), parece ser la antítesis de nuestro proyecto de ley. No realiza diferencias entre pre embrión y embrión y además deniega expresamente la realización de la fecundación post mortem.

Italia (Ley 40/2004, del 19 de febrero de 2004) y Portugal (Ley sobre Reproducción Médica Asistida de 26 de Julio de 2006) prohíben la fecundación post mortem, mientras que Canadá en su Ley de Reproducción Asistida Humana del 2004, solo autoriza el procedimiento, en caso en que hayan quedado embriones crio conservados, teniendo en cuenta el deseo de proyecto en común que tenían los cónyuges y también para darles un destino a los mismos. Bélgica es una de las legislaciones más flexibles (Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes), no solo autoriza su consentimiento si no que cada establecimiento de reproducción asistida establece su reglamento interno, con lo cual si en los mismos no se solicita consentimiento escrito, la fecundación se puede realizar de igual manera. Finalmente, Estados Unidos, no posee legislación al respecto por lo cual, depende el estado en el que se sitúen, puede que se solicite consentimiento en las técnicas de fecundación post mortem, o no, pero lo cierto es que el procedimiento se realiza y posee aun regulación.

Es necesario remarcar que para los objetivos que se ha propuesto esta investigación, la exposición de estas regulaciones internacionales dista de la finalidad del derecho comparado, la cual, entre otras, es contrastar las distintas categorías de conceptos y de sistemas adoptados por los distintos estados considerando las concurrencias y las diferencias; ya que no podríamos realizar un estudio comparado teniendo en cuenta que nuestro país no cuenta con una regulación firme sobre la materia. Con lo cual este apartado se ha integrado con los fines de poder apreciar la evolución y la disparidad de criterios que existe prima facie entre los estados que ya han legislado al respecto de esta materia en la actualidad.

Finalmente, es oportuno destacar en el ámbito de la Jurisprudencia de órganos supranacionales, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso

---

<sup>61</sup> Art. 4 Ley de protección al embrión alemana n° 745/90: “Fecundación y transferencia de embriones y fecundación post mortem. 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta 3 años de una multa quien: 1) procediera a fecundar artificialmente un ovulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo espermatozoides fue utilizado, hubieran dado su consentimiento. 2) procediera a transferir un embrión a una mujer sin su consentimiento. 3) fecundara artificialmente un ovulo con espermatozoides de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa. 2. No se sancionada en el supuesto del parágrafo 1, inc.3, la mujer en la cual se efectuara la fecundación artificial.”

Forneron e hija vs. Argentina<sup>62</sup>. En el mismo se enarbolan dos conceptos claves que se ven controvertidos en el debate por la fecundación post mortem y que hemos dejado para el cierre de este trabajo, estos son el derecho a la identidad y el derecho a vivir con la familia biológica. En resumidas cuentas, este caso trata de la lucha apasionada de un padre al cual se le niega la paternidad de su hija, y pese a la prueba de ADN positiva, la madre de la niña la entrega a otra familia en guarda pre adoptiva. Luego de diez años de lucha logra la sentencia de la CIDH favorable, y a lo largo de todo el proceso el tribunal en sus argumentaciones ha dejado en claro su posición respecto de los puntos claves antes mencionados, considerando así que:

- Los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica, este derecho constituye parte de su identidad e incluye poder contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica.
- Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad por lo que toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad.

La exposición de estos puntos en relación a este trabajo, se vinculan especialmente con el vacío que deja el proyecto de reforma al no cubrir en el articulado, todas las situaciones que pueden ocurrir. De este modo, si en el futuro se aprobara el proyecto de reforma tal y como esta, si una mujer quisiera realizar una fecundación post mortem y si se encuentra en cumplimiento de los requisitos allí solicitados, el derecho a la identidad del niño no se encontraría en conflicto ya que accedería a todos los derechos derivados de su relación familiar con el occiso, pero parece ser que esa es la única posibilidad que contempla este articulado, ya que quedan fuera de la regulación las parejas homosexuales y quienes hayan realizado el procedimiento en incumplimiento de alguno de los requisitos, con lo cual es esto lo que se critica al proyecto de reforma; la falta de consideración de todo el espectro de familias que existen en la sociedad.

En el caso de que se realice este procedimiento estando en vigencia el código reformado, en incumpliendo de alguno de los requisitos, el niño contaría solo con un vínculo filial padeciendo un menoscabo en su derecho a la identidad y perdería sus derechos hereditarios para con el progenitor fallecido. En el caso de las parejas homosexuales (las cuales requieren necesariamente el aporte de gametos donados) el detrimento en el derecho de los niños incluirá además el hecho de que no contara con los derechos nacidos de la filiación con uno de sus progenitores, ya que según el artículo 575<sup>63</sup> del proyecto de reforma, no existe vínculo jurídico cuando se utilicen

---

<sup>62</sup> Corte I.D.H., Sentencia Forneron e hija vs. Argentina, del 27 de abril del 2012, números 112,113 y 116. Serie C, N° 242. Disponible en: [www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/cidhForneron.html](http://www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/cidhForneron.html) (Consultada el 16/06/2013)

<sup>63</sup> Art. 575 Proyecto de reforma código civil y comercial: *“Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.”*

gametos de terceros en el proceso reproductivo, negándole así al niño el derecho a vivir con su familia biológica y el derecho a su identidad.

Es dable establecer que en cuanto derecho a la identidad se refiere, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conceptualiza este derecho como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso, respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y las relaciones de familia”<sup>64</sup>. De allí es que se desprende que el derecho a vivir con la familia biológica es parte del derecho a la identidad de los niños. Es en este aspecto que el proyecto de reforma al no considerar todas las situaciones posibles en torno a la fecundación post mortem; menoscaba el derecho de los niños que nazcan en estas situaciones mientras que no están reguladas ya que es allí es cuando el Interés superior del niño entra en un conflicto de intereses y que como se expuso anteriormente siguiendo los parámetros establecidos por la Convención Internacional de los Derechos del niño, de existir un conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, los derechos del niño deben ponderarse de un modo prioritario con lo cual, todos estos aspectos que el proyecto de reforma no considera en cuanto a la fecundación post mortem, deberían reformularse a fin de respetar prioritariamente los derechos de los niños.

---

<sup>64</sup> Corte I.D.H., Sentencia Gelman vs Uruguay, del 24 de febrero de 2011, número 122. Serie C, N° 221. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf) (Consultada el 03/01/2014)

## **CONCLUSIONES.**

La elección de la temática para la realización de la presente investigación, en la realidad que se vive actualmente en nuestro país, de progreso científico y de apertura a nuevos paradigmas culturales, ha resultado cautivadora, aunque también un tanto compleja, ya que reina la escasez de material y aún en algunos sectores siguen estando a la orden del día los tabúes y los prejuicios.

La fecundación post mortem, tal y como se ha analizado a lo largo de este análisis; a la fecha no se encuentra legislada en nuestro país (ya que aún no se ha aprobado el proyecto de reforma) con lo cual lo que se ha intentado es tratar de echar, cuanto menos un poco de luz sobre los principales tópicos que han generado controversia a la hora de elaborar el proyecto de reforma que incluye como novedad la reglamentación de este procedimiento.

La conveniencia de esta investigación ha residido por un lado en el aspecto informativo, al exponer los principales conceptos sobre el tema, las opiniones doctrinarias y las enseñanzas de las legislaciones internacionales. Y por otro lado ha planteado algunas implicaciones prácticas ya que en la misma se propone un procedimiento al momento novedoso en el cual la persona que otorgue sus gametos mediante su consentimiento, previamente realice un protocolo de intervención psicológica, de cara a que la decisión que firmará será trascendental para su vida, la de su pareja y eventualmente la de su descendencia, considerados todos bienes jurídicos protegidos por nuestro derecho y receptores de esta manera de tutela jurídica. Incluir en la práctica de este procedimiento un protocolo de este estilo funcionaría como una especie de tamiz mediante el cual, finalizada la intervención, muchas personas desistirán de la idea por haber contado con tiempo suficiente para informarse y reflexionar. De esta manera se ahorrarán muchos problemas de índole jurídica que hubieren sucedido si esta decisión no se hubiera tomado de forma madura, por ejemplo que estando firmado el consentimiento, la pareja se separe o divorcie y que estando los embriones criopreservados alguno de los dos decida utilizarlo luego de la muerte del otro (siempre que el consentimiento no haya sido revocado) creando incertidumbres jurídicas del estilo de: Estando los esposos divorciados, ¿el niño nacido de la fecundación post mortem poseerá vínculo filial con el occiso? De acceder la ex pareja al material genético y poder realizar la fecundación post mortem ¿Cuáles serían los derechos de ese niño en relación al progenitor fallecido? Estos y más interrogantes son los que podrían surgir al sellar un consentimiento de utilización de material reproductivo post mortem sin la debida información y madurez en la decisión con lo cual el protocolo vendría a otorgar seguridad jurídica, en el sentido de que mediante la norma se trate de proteger y cubrir (mediante la prevención en este caso) todas las esferas de interés de la persona.

En este trabajo se ha buscado exponer de una manera sucinta, y sin pretender agotar todas las situaciones posibles (ya que van muy ligadas a la medicina lo cual excedería el propósito de la propuesta o se caería en la transcripción de un sin número de normas); y de la manera más imparcial que ha sido posible, todas las posturas al respecto (a favor, intermedias y en contra) lo que permitirá un análisis objetivo de la materia.

El desarrollo de esta investigación reviste especial importancia ya que en la exposición de la temática elegida desarrollamos contenidos que en nuestra carrera y en la vida en general son superlativos y que merecen una frecuente actualización debido a los cambios que va experimentando la raza humana, las principales áreas que se trataron fueron las referidas al derecho a la vida, los derechos de los niños y los derechos sucesorios; los cuales debido a la evolución científica, se han visto movilizados por la materia aquí tratada, que es la fecundación post mortem.

Ese ha sido principalmente el objetivo de este trabajo, el cual me ha llevado a reflexionar, tratando de aprender de los “errores de los grandes” como se dice habitualmente, al leer, estudiar y analizar durante todos estos meses las distintas posturas de grandes juristas, políticos y científicos, tan antagónicas por momentos y que muchas veces se agotan más en una disputa sectorial que en una científica o doctrinaria.

Por esto desde mi posición, no está discusión la legislación del nuevo instituto, ya que seguramente la técnica se realizará esté legislada o no, y en el último caso esto traerá como derivación consecuencias jurídicas negativas al no existir un cuerpo legal que lo sistematice. La clave está en que la legislación (al margen de que resulte permisiva o prohibitiva respecto del uso de estas técnicas en la reproducción post mortem), este centrada fundamentalmente en el respeto al interés superior del niño, entendido este como la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, reglamentando las responsabilidades de los adultos hacia ellos. Una norma que desconozca estas necesidades resultará estéril y tendrá como resultado en un futuro cercano consecuencias negativas de diversas índoles sobre nuestros niños, lo cual repercutirá negativamente sobre nuestra sociedad.

En conclusión, es imperativo que los legisladores no se alejen de ninguna de estas ideas y tengan en claro que:

- Es necesario legislar ya que, de realizarse la técnica sin legislación, se caería en el supuesto absolutamente contradictorio e ilógico de impedirle al niño heredar a su padre biológico y legal, por haber nacido éste fuera del plazo por el cual la ley le otorga los derechos filiatorios y sucesorios.
- La regulación del instituto debe detallar minuciosamente los derechos que poseerán estos niños nacidos mediante fecundación post mortem, puntualizando todos los requerimientos que sean necesarios para que el mismo tenga para si las condiciones apropiadas para su formación física y espiritual y para la armonía de su personalidad. Tales derechos deberán coincidir con los de los niños nacidos de mediante cualquier otro medio, teniendo en cuenta que lo que se busca es otorgarles igualdad y respeto.
- Considerar que al ser este un procedimiento excepcional, se realice de manera previa a la concepción un protocolo de intervención psicológica al cónyuge supérstite (distinto al que se propone previo al consentimiento de la utilización de los gametos, pero como el mismo fin, tratar de disuadir al cónyuge supérstite o que la decisión afirmativa sea tomada con la máxima madurez y responsabilidad), donde se trate de hacerle comprender al mismo que lo fundamental del proceso es la vida del nuevo ser que se trae al mundo , y no el deseo de prolongar erróneamente la vida de quien ya ha fallecido o

la pretensión egoísta de trascendencia de un adulto. Lo primordial de esta intervención sería que la persona logre luego de una profunda autoevaluación asumir si tiene las condiciones necesarias para llevar adelante el proceso y luego la crianza del niño; o si de lo contrario decide desistir antes de comenzar con dicho proceso al asumir su imposibilidad de cumplir con las todas las obligaciones que el proceso conlleva.

Como se dijo con anterioridad, son trascendentales y de enorme importancia cada una de las materias que compromete esta innovadora reforma, lo que requiere que la tarea de regularla se lleve a cabo con la máxima seriedad y con la mayor meticulosidad posible, siempre resguardando primeramente los intereses de los niños.

Estimando que la regulación de esta materia involucra dos de los bienes jurídicos protegidos más supremos que poseemos, estos son la familia y nuestros hijos, queda en la prudencia de nuestros legisladores, elegir el mejor camino posible.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### ***Doctrina.***

- Álvarez Díaz J. (2010) Donación de embriones en países desarrollados. Unidad de historia de la medicina. Facultad de Medicina. Universidad Complutense de Madrid. España. {Versión Electrónica} Recuperado el 25/08/2013, de: <http://new.medigraphic.com/cgi-bin/resumen.cgi?IDREVISTA=16&IDARTICULO=26770&IDPUBLICACION=2745>
- Basset Úrsula (2012) “Análisis del proyecto de nuevo código civil y comercial 2012”, Facultad de Derecho UCA, ED, Buenos Aires. Recuperado el 03/08/2013, de: <http://bibliotecajudicial.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>
- Blasi G. F. (2009) {Versión Electrónica} *¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Persona, derecho y libertad.* Perú. Ed. Motivensa. Recuperado el 6/10/2013; de: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Cual%20es%20el%20estatus%20juridico%20del%20embrion%20humano.pdf>
- Carrasco A. (2000) “La fecundación post mortem y el derecho sucesorio”. Ponencia. Facultad de derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 09/07/2013, de : [http://www.robertexto.com/archivo16/concebido\\_suj\\_dchos.htm](http://www.robertexto.com/archivo16/concebido_suj_dchos.htm)
- Cillero Bruñol M. (1998) “*El interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del niño*” Editorial Temis/Desalma. Colombia. Recuperado el 05/09/2013, de: [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)
- De los ríos Osorio S. (2006) Aspectos técnicos de la reproducción asistida {Versión Electrónica} Editorial Universidad de Antioquia., 2-9. Recuperado el 01/05/2013, de: [http://www.udea.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01\\_Documentos/aspectosTecReproduccion.pdf](http://www.udea.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecas/Archivos/01_Documentos/aspectosTecReproduccion.pdf)
- Franck, M. y La Ferriere J. (2012) *La fecundación Post Mortem.* Documentos de Trabajo. Serie proyecto de código Civil 2012. Bs. As. Centro de Bioética, Persona y Familia.
- Golombok, S. (2006) *Modelos de familia ¿Qué es lo que de verdad cuenta?* España. Editorial Grao.
- Gómez de la Torre Vargas Maricruz. (1993) *La Fecundación in Vitro y la Filiación.* Chile. Ed Jurídica de Chile.
- González Morán Luis (2006) *De la Bioética-- Al Bioderecho: Libertad, Vida y Muerte.* Madrid. Ed: Dykinson.
- Grosso Molina G. (2013) “*El desinterés por la vida del embrión humano en el Proyecto de Reforma del Código Civil. Aportes para una eventual legislación especial*”. Ponencia. Escuela de Capacitación Judicial 1º



- Seminario de Abogados del Poder Judicial de San Juan. Recuperado el 01/12/2013, de: <http://drgermangrosso.blogspot.com.ar/2013/07/el-desinteres-por-la-vida-del-embrion.html>
- Iañez Pareja E. (2011), "Ética del uso de embriones humanos" {*Versión Electrónica*}, Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada, España. Recuperado el 17/10/2013, de: [http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/clonetica.htm#\\_Toc3656107](http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/clonetica.htm#_Toc3656107)
  - Información sobre infertilidad y fertilización in vitro (FIV). {*Versión electrónica*} In vitro fertilization center. Advanced fertility services en español. Recuperado el 23/07/2013 de: [http://www.infertilityny.com/resource/download/forms/spanish/Introduction\\_infertility\\_IVF.pdf](http://www.infertilityny.com/resource/download/forms/spanish/Introduction_infertility_IVF.pdf)
  - López de Zavalía F. (2006) *Las técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de código civil. Una gravísima violación a derechos humanos fundamentales de la persona*. Disertación pronunciada el día 22 de Junio 2006 en el marco de una Jornada de Análisis Crítico del Proyecto de reforma de la legislación civil y comercial organizado en Tucumán por Libertad y Progreso, centro de investigación en políticas públicas. Recuperado el 23/08/2013, de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-y-el>
  - Maffia, Jorge A. (2003) *"Manual de Derecho Sucesorio"*. Bs. As. Ed: Depalma.
  - Márquez Omar A., (2000) *El Proceso de la Investigación en las Ciencias Sociales*. Ediciones de la Universidad Ezequiel Zamora colección Docencia Universitaria.
  - Martinazzo E. (2012) Reforma del Código Civil. Temas: Derecho de familia. Reproducción Humana Asistida. Ponencia. Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 20/07/2013, de: [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL\\_MARTINAZZO.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/corrientes/pdf/ETHEL_MARTINAZZO.pdf)
  - Matorras R, Hernández J (2007) Estudio y tratamiento de la pareja estéril. *Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción*. Madrid. Ed. Adalia. págs. 245-377; 395-397; 408-426; 226-235. Recuperado el 20/08/2013, de: <http://nuevo.sefertilidad.com/descargas/Seronocompleto.pdf>
  - Moreno Bayardo M. G. (2000) *Introducción a la metodología de la investigación educativa*. Guatemala .Ed. Progreso.
  - Núñez María (2007) *La sucesión intestada de los parientes colaterales*. Madrid. Ed: Dykinson
  - Peláez López P. (1994) "Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem" Boletín de la Facultad de Derecho. N° 6. Unam. Recuperado el 19/09/2013, de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-6EB71E807&dsID=PDF>

- Pérez, Duarte y Noroña, Alicia Elena. (1992) "*Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*" de Miguel Ángel Soto Lamadris. Boletín Mexicano de Derecho Comparado [Versión electrónica], cit., págs. 102 y sgte. Recuperado el 15/08/2013, de: [www.redalyc.org/articulo.oa?id=42707323](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42707323)
- Pérez Trenado M. (2007) Duelo proceso individual, proceso familiar, proceso social. Acompañamiento en el duelo y medicina paliativa. San Sebastián, España. Ed. Sociedad Vasca de cuidados paliativos.
- R. Ato del Avellanal (1967), *Proyecciones jurídicas de la muerte en diversas ramas del Derecho*. La Plata, Buenos Aires, Argentina. IX Revista del Colegio de Abogados de la Plata: Doctrina. Legislación. Jurisprudencia. Recuperado el 06/11/2013, de: <http://koha.senado-ba.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-searchresults.pl?authorid=26181&type=opac>
- Rodríguez López D. (2005) Nuevas Técnicas de Reproducción humana. El útero como objeto de contrato. {Versión Electrónica} *Revista de Derecho Privado Nueva Serie*. (11),1 . Recuperado el 30/09/2013, de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5/.htm>
- Saelzer Turner S. (2000) *Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*. Revista de Derecho, Vol. XI, Valdivia, pp. 13-26. Recuperado el 03/08/2013, de: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502000000100002&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502000000100002&script=sci_arttext)
- Sambrizzi, E.A. (2012). *La fecundación post mortem {versión electrónica}*. En *Análisis del nuevo código civil y comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado el 21/05/2013, de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf>
- Trastornos Psicológicos Perinatales (2005) {Versión Electrónica} *Descripción sobre los trastornos de ánimo perinatal y ansiedad*. Postpartum Support International. Recuperado el 23/10/2013, de: <http://www.postpartum.net/En-espa%3%0B1ol/Trastornos-Psicol%3%0B3gicos-Perinatales-.aspx>
- Winnicott, D.W. (1971). *Playing and Reality*. London: Tavistock Publication.
- Zannoni. E. (2003) *Manual de derecho de las sucesiones*. Buenos Aires. Ed. Astrea

### **Legislación.**

- Constitución Nacional de la República Argentina.
- Código Civil de la República Argentina.
- Ley 26.061 de "Protección Integral a los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes".
- Ley 23.849 Convención sobre los derechos del niño adoptada por la asamblea general de las naciones unidas en Nueva York.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

- Convención sobre los derechos del niño.
- Ley 14/2006 del 26 de mayo de 2006, “*Técnicas de reproducción humana asistida*”. Parlamento de España. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/114-2006.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html)
- “*Human Fertilization and Embryology Act*” (1990) Parlamento de Inglaterra. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>
- Ley nº 745/90 de protección al embrión de Alemania. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290/>
- La ley Relativa a la Bioética Nº 2004/800 del 6 de Agosto del 2004 (Loi nº 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (Francia) Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441469>
- Ley 40/2004 del 19 de Febrero de 2004 “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”.Parlamento de la República Italiana. Disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>
- Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes. (Bélgica.) Disponible en: <http://www.bsrn.be/BSRM/Links/lawcrofr.pdf>
- Proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la nación argentina, redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>
- Proyecto de “ley de protección del embrión no implantado” Expte. 6803-D-2013 Trámite parlamentario 145 (01/10/2013) Disponible en: [http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos\\_si&numexp=6803-D-2013](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos_si&numexp=6803-D-2013)

### ***Jurisprudencia.***

- CNCiv., Sala I, "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" Expte 45882/93 (1999), consid. 1, 8 y 9 respectivamente. Disponible en: <http://newsmatic.com.ar/conectar/245/103/articulo/3723/Congelamiento-de-embriones.html> (Consultado el 10/11/2013.)
- C.S.J.N. “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” Buenos Aires, 5 de marzo de 2002. Consid. 9 y 10. Disponible en: <http://centrodebioetica.org/2002/03/portal-de-belen-asociacion-civil-sin-fines-de-lucro-cministerio-de-salud-de-la-nacion-samparo/> (Consultado el 12/11/2013.)
- C.Apel. Fed. Mar del Plata, Secretaria nº 1 “G, M, C y otro c/ SUMA s/ amparo”, Expte. 12.654 (2010) Res. I. Disponible en: <http://ar.lexvel.com/vid/g-m-c-suma-amparo-247642218> (Consultado el 14/11/2013.)
- Corte I.D.H., Sentencia Forneron e hija vs. Argentina, del 27 de abril del 2012, Serie C, Nº 242. Disponible en: [www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/cidhForneron.html](http://www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/cidhForneron.html) (Consultada el 16/06/2013)

- Corte I.D.H., Sentencia Gelman vs Uruguay, del 24 de febrero de 2011, número 122. Serie C, N° 221. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf) (Consultada el 03/01/2014.)