

---

## FERTILIZACIÓN *POST MORTEM* COMO UN TERCER TIPO FILIAL. RECORRIDO DE UNA INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA

Agustina PEREZ\*

---

Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2014

Fecha de aprobación: 4 de febrero de 2015

### I. Introducción

Este artículo tiene como objeto realizar un repaso de la labor realizada durante el desarrollo de un plan de trabajo denominado “Técnicas de reproducción humana asistida como un tercer tipo filial: los casos de *post mortem* como un supuesto especial” desarrollado en el marco de una beca del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) durante el período septiembre 2012 a septiembre 2013, inserto en el proyecto UBACyT<sup>1</sup> “Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. Bioética y Derechos Humanos”, dirigido por Marisa Herrera, programación científica 2011-2013. Quienes participamos en el proyecto de investigación marco y en el plan de trabajo becado por el CIN albergamos la esperanza de que, tanto los avances como la investigación realizada durante el período, sirvan no solo como antecedente en la materia sino también como disparador para actuales y futuras reflexiones acerca de la fertilización asistida *post mortem* y el lugar que queremos que ocupe el derecho a formar una familia en nuestra sociedad.

---

\* Abogada de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Consultora en UNICEF. Pasante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Septiembre-Diciembre 2013. Integrante del Proyecto de Investigación UBACyT 2013-2016 “Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias” dirigido por Marisa Herrera.

<sup>1</sup> Universidad de Buenos Aires Ciencia y Técnica. El proyecto se encuentra enrolado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio Lucas Gioja de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

## II. Labor realizada durante el desarrollo de la Beca CIN

Primeramente es necesario determinar qué es la Fertilización Post Mortem (en adelante, FPM) y, en tal sentido, es posible decir que en líneas generales la FPM es aquella fertilización que se produce por voluntad del supérstite luego del deceso de uno de los integrantes de la pareja.

Dicho esto, se señalará la labor realizada durante el desarrollo de la beca CIN. Durante los doce meses de duración de la beca, se realizó un profundo trabajo de campo en el cual se recolectó información de la práctica en general, es decir, del día a día de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA o Técnicas) y, por supuesto, de la FPM en particular. Con el objetivo de acercarse a las TRHA y obtener información de primera mano, así como también recoger las experiencias vividas, se dividió el trabajo de campo en tres modalidades. Una de ellas fue la realización de 15 entrevistas en profundidad a médicos especialistas en reproducción de los principales centros de fertilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y conurbano y otros operadores provenientes de distintas ramas del saber (como psicólogos y abogados) que se dedican a atender pacientes que recurren a las TRHA. A su vez, a aquellos médicos que por cuestiones geográficas no podían ser entrevistados personalmente se les enviaron las mismas preguntas con las que se entrevistó a sus colegas pero para que respondieran en soporte papel, sumándose así un total de 22 profesionales. Finalmente se realizaron 229 encuestas a usuarios de TRHA con el objeto de conocer sus apreciaciones personales y, de esa manera, completar el rompecabezas de las TRHA y entender aún más las inquietudes y vivencias personales de aquellos que, por diversos motivos, deben recurrir a estas técnicas. En este contexto, se recabó, en la mayoría de las entrevistas a especialistas y en la totalidad de encuestas a usuarios sobre sus opiniones acerca de la FPM, recibiendo comentarios favorables en torno a la temática. Entre ellos, se entrevistó al médico argentino que ha intervenido en los casos de FPM ocurridos en el país.

Asimismo, se recolectó material bibliográfico elaborado por la doctrina nacional en lo referente al tema específico de la beca (FPM) mediante la compulsión de libros de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Biblioteca Nacional, así como también la consulta de artículos publicados en revistas jurídicas de Derecho de Familia de gran difusión en el país como son las de Abeledo Perrot y La Ley.

Es de destacar que la temática elegida para el desarrollo de la beca es harto novedosa y recién está siendo abordada por la doctrina, y hasta el momento se han presentado pocos casos en la jurisprudencia internacional y contados casos en la nacional. De ahí que la verdadera riqueza de este proyecto así como del proyecto marco en el que se inserta recayó en el trabajo de campo y en la valiosa información que se obtuvo de esta fuente de manera dual: de médicos y profesionales especializados en TRHA por las entrevistas abiertas y de usuarios mediante las encuestas semiestructuradas.

Al mismo tiempo, desde agosto de 2012 hasta septiembre de 2013, se realizó un análisis y seguimiento exhaustivo de las principales noticias que se produjeron al respecto de las TRHA y a la FPM en los medios masivos de comunicación argentinos, en especial con respecto al entonces Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial (en adelante Proyecto o Proyecto de Reforma), hoy nuevo Código Civil y Comercial, así como también en las noticias internacionales difundidas por medios extranjeros sobre la misma temática.

Por otra parte, se ha realizado una búsqueda general sobre distintos materiales en Internet, fundamentalmente legislación, jurisprudencia y doctrina correspondiente a los países europeos, con el fin de obtener un panorama general del estado en cuestión en países que tienen una mayor trayectoria en la temática. Luego, se prosiguió con la región latinoamericana con el objetivo final de colaborar en el proyecto marco en el que se inserta esta beca y poder así, de manera integral, diseñar las bases mínimas para una armonización legislativa en materia de TRHA y FPM, teniendo en cuenta el puntapié que se ha dado con la sanción de la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y con el precedente del Proyecto.

En este punto cabe destacar que, a pesar de que la figura de la FPM fue removida de la versión final del Código Civil y Comercial (CCyC) aprobado en octubre de 2014, nos referiremos indistintamente a la norma proyectada mediante los vocablos "Anteproyecto" o "Proyecto", por tres motivos: 1) el Anteproyecto y el Proyecto mantuvieron, aunque con algunas modificaciones, la figura de la FPM;<sup>2</sup> 2) la investigación se desarrolló

---

<sup>2</sup> Las modificaciones que se realizaron se citan en el punto VI-A del presente trabajo. Asimismo, en el marco del proyecto de investigación, la becaria presentó diversas ponencias que reflexionan sobre las modificaciones que tuvo el art. 563 del paso de Anteproyecto a Proyecto. Ellas fueron: "Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida" Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados "Reflexiones sobre la Reforma del Código Civil",

temporalmente (septiembre 2012 a septiembre de 2013) en un estadio anterior al momento de la eliminación de la figura en noviembre de 2013, y 3) el objetivo del presente artículo es mostrar los principales resultados arribados durante ese lapso. Lo anterior, sin embargo, no quita la necesaria aclaración de la supresión de la figura que fuera removida sin mediar una explicación concreta. Es decir, no se le resta valor al debate federal y democrático que se tuvo sobre el código no sólo en el Congreso sino mediante audiencias públicas,<sup>3</sup> pero lo cierto es que entre la última reunión de la Comisión Bicameral el 20 de noviembre de 2013 y el 27 y 28 de noviembre del mismo año donde la Cámara de Senadores aprueba la versión definitiva del CCyC (la misma sesión que modifica el tan debatido art. 19 y elimina la gestación por sustitución), la versión remitida por el Poder Ejecutivo y el Dictamen de Mayoría emitido por la Comisión Bicameral eliminan el art. 563 que regulaba la figura sin justificar o mencionar la supresión.<sup>4</sup> No obstante ello, algunos autores<sup>5</sup> se inclinan por sostener que la figura de la FPM no habría desaparecido del todo puesto que el art. 2279 acerca de las personas que pueden suceder, mantiene en su inciso c) “las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561” salvando así una de las cuestiones fundamentales a la hora de regular los derechos de quienes pudieran nacer con esta técnica. Lo anterior, sumado a la experiencia

---

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1 y 2 de Noviembre de 2012; “Fertilización post mortem y ley de matrimonio igualitario en el proyecto de reforma y unificación de Código Civil y Comercial” XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar “Las familias y los desafíos sociales”, Mar del Plata 22 al 26 de octubre de 2012; “Reproducción post mortem: un abanico de posibilidades”, Jornadas sobre Persona y Familia en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil de la Nación, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho 23 y 24 de abril de 2012 y “Problemática sociojurídica de las técnicas de reproducción humana asistida: entre las prácticas y la ausencia de regulación legal”, ISBN 978-950-673-992-8, XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica: “Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica”, Viedma, 8, 9 y 10 de Noviembre de 2012 donde se presentó el plan de beca y se debatió con los participantes acerca de la FPM.

<sup>3</sup> Un análisis de las ponencias acerca de la FPM presentadas en las audiencias públicas que se realizaron a lo largo y ancho del país puede verse en un artículo producido en el marco de la beca CIN: PEREZ, Agustina, “Fertilización Post Mortem: Qué dicen y que piensan los medios y la doctrina en nuestro país”, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, 19.03.2014.

<sup>4</sup> Las versiones taquigráficas a las que aquí se hace referencia pueden encontrarse en [<http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/index.html>]. Consultado el 09.02.2015.

<sup>5</sup> Ver por ejemplo el comentario al art. 563 en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia Según el Código Civil y Comercial de 2014, Buenos Aires, Rubinzal, 2014, págs. 33 a 39.

jurisprudencial<sup>6</sup> ya existente en el país y el art. 19 de la Constitución Nacional, podría asegurar la viabilidad de la FPM.

### III. Objetivos del plan de beca

Se plantearon los siguientes objetivos para el desarrollo del plan de beca: todos ellos fueron cumplidos dentro de las posibilidades reales y con las dificultades propias de un campo poco explorado metodológicamente desde el derecho. A continuación se enumera cada uno de los objetivos y se comenta su grado de cumplimiento.

- 1) Difundir, debatir y dialogar sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación,<sup>7</sup> no sólo en ámbitos académicos destinados a profesionales del derecho, sino de manera amplia, en otros ámbitos comprometidos con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida como ser: medicina, filosofía, psicología, terapia familiar, trabajo social, etc.; como así también diversas actividades de difusión masiva como aquellas relacionadas con los medios de comunicación instalando el debate en la sociedad en general.
- 2) Difundir los resultados e interpretación del trabajo de campo que se está llevando a cabo en este momento en el marco de la convocatoria UBACYT 2011-2014, mediante encuestas a usuarios de las TRHA y de operadores que trabajan en estas prácticas médicas. Previo a esta exteriorización, se realizarán diferentes consultas a especialistas de diversas áreas para analizar la cuestión metodológica y corroborar que se puedan extraer la mayor cantidad de información y riqueza posible de los datos obtenidos.

En cuanto al primer objetivo, se ha podido cumplir con creces con la meta propuesta pues se ha difundido, debatido y dialogado sobre el Proyecto en diversos ámbitos, llevando la temática de las TRHA y la FPM a ámbitos interdisciplinarios para evaluar reacciones,

---

<sup>6</sup> Trib. Fam. N° 3 de Morón, 21-11-2011, "G.A.P.", Abeledo-Perrot, AP/JUR/289/2011 y C3°CCMPaz y Trib. de Mendoza, 7-8-2014, "S.M.C s/ Medida autosatisfactiva" Rubinzal Online, RC J 6303/14.

<sup>7</sup> Se cita textualmente los objetivos planteados en la presentación de la propuesta de trabajo que luego obtuvo la beca CIN. Por tal motivo pueden figurar inexactitudes como "Anteproyecto" en vez de "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" dado que en el momento de postulación para la beca el mismo aún no contaba siquiera con el aval requerido para convertirse en proyecto, menos aún en Código.

pensamientos y propuestas, así como también reflexiones conjuntas,<sup>8</sup> ello representando a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Respecto al segundo, se ha hecho un amplio relevamiento de campo contemplando tanto a usuarios de las TRHA como a profesionales provenientes de diversas disciplinas pero especializados en TRHA cubriéndose los principales centros de la Capital Federal e incursionando en algunos de Provincia de Buenos Aires y La Pampa cumpliéndose con el objeto de conocer la mirada de todos los actores intervinientes en la temática.

- 3) Compulsar investigaciones de campo realizadas en otros países a los fines de llevar adelante un trabajo comparativo y a la vez, enriquecer la indagación construida a nivel local.
- 4) Conocer si hay otro tipo de investigaciones de campo que se podrían plantear una vez que se sancione el Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Por ejemplo, indagaciones relativas al derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga, es decir, con material de un tercero ajeno a la pareja o la gestación por sustitución, una de las figuras más debatidas en el marco del Anteproyecto; o de manera más general, todo lo relativo a la crianza de hijos de parejas del mismo sexo, siendo esta última una de las principales críticas que esgrimen aquellas voces que estaban en contra de la ley 26.618 de “matrimonio igualitario” y que ahora se oponen a la sanción del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

---

<sup>8</sup> En este sentido se han organizado las Segundas Jornadas Tandilenses de Derecho de Familia 25 y 26 de abril de 2013, reiterando la experiencia realizada en abril de 2012 en la misma ciudad y una exposición del trabajo realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio Lucas Gioja de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires en noviembre de 2012. A su vez, en carácter de becario se presentaron desde abril de 2012 hasta fines de 2013 cuatro ponencias en distintos eventos académico-científicos planteando la temática de la FPM a saber: “*Problemática sociojurídica de las técnicas de reproducción humana asistida: entre las prácticas y la ausencia de regulación legal*”, ISBN 978-950-673-992-8, en XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica: “*Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica*”, Viedma, 8, 9 y 10 de Noviembre de 2012; “*Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida*” Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados “*Reflexiones sobre la Reforma del Código Civil*”, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1 y 2 de Noviembre de 2012; “*Fertilización post mortem y ley de matrimonio igualitario en el proyecto de reforma y unificación de Código Civil y Comercial*” XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar “*Las familias y los desafíos sociales*”, Mar del Plata 22 al 26 de octubre de 2012 y “*Reproducción post mortem: un abanico de posibilidades*”, Jornadas sobre Persona y Familia en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil de la Nación, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho 23 y 24 de abril de 2012.

- 5) Elaborar diversos tipos de materiales referidos a la regulación que propone el texto del Anteproyecto de reforma del Código Civil.

Con respecto a los objetivos tres, cuatro y cinco se constató, luego de la intensa búsqueda, que al momento no existían (o no fue factible encontrar) proyectos de investigación que estén tratando la misma temática de FPM en el país pero a nivel internacional el más reciente y relevante en la materia fue el realizado por la Universidad de Harvard en Estados Unidos que en 2012 presentó un informe en la revista *Fertility and Sterility* donde se encuestó a 1049 estadounidenses de entre 18 y 75 años a través de Internet mediante una previa introducción informativa sobre la FPM y luego un *multiple choice*. Los resultados arrojaron que un 47.8% estaba de acuerdo y un 31.1% en contra de la extracción y/o utilización de gametos masculinos después de la muerte del marido o cónyuge varón y, en el mismo caso pero con gametos femeninos, un 42.7% estuvo de acuerdo y un 35.9% en contra. El resto se mostró indeciso. Entre los que se mostraron a favor, el 69.8% cree que es necesario contar con el consentimiento previo del difunto/a. En cuanto al perfil del encuestado se destaca que aquellos que estaban de acuerdo estaban asociados a personas jóvenes, con alto nivel de educación y de ingresos y, al mismo tiempo, aquellos que están a favor de la donación de órganos y de las TRHA en general se mostraron más favorables a la aceptación de la FPM. Aún así, la mayoría de las personas consultadas no estaban familiarizadas con el procedimiento (BARTON *et al.*: 735-40). De todas maneras, se observa que se trata de un tema muy novedoso y controvertido sobre el cual aún queda mucho por debatir.

- 6) Formar un equipo interdisciplinario con expertos de diversas áreas para elaborar un proyecto a modo de "ley especial" que acompañe el tipo de regulación que propone el mencionado Anteproyecto, instrumento que le da marco y legitimidad a dicha ley especial.
- 7) Redactar un proyecto de ley especial y elaborar un documento que analice y profundice sobre los principios y estructura que la sostiene a los fines de que su difusión nazca con un marco explicativo básico, a ser entendido por la comunidad en general y otro, por la comunidad científica y especializada en particular.
- 8) Analizar en qué sentido los resultados obtenidos del trabajo de campo facilitan, enriquecen y/o son tenidos en cuenta en la redacción del proyecto de ley especial.

Con respecto a los objetivos seis, siete y ocho, se presentó un proyecto de ley especial sobre TRHA<sup>9</sup> con insumos de la investigación y basándose en la sanción de la ley 26.862, a la cual deben adherírsele regulaciones referentes a otras problemáticas involucradas en las TRHA, en lo atinente no sólo la cobertura sino la filiación, derechos sucesorios y también la FPM, entre otros, todo ello desde una mirada obligada desde los principios de derechos humanos.

- 9) Organización de eventos académicos para el intercambio y diálogo interdisciplinario de la ley especial, abordándose de manera específica o particular la problemática de la filiación *post mortem*.

Con respecto al objetivo número nueve, se han organizado desde 2012 diferentes jornadas, talleres y charlas interdisciplinarias para la difusión, intercambio y diálogo interdisciplinario del trabajo realizado, entre ellas las Primeras, Segundas y Terceras Jornadas Tandilenses de Derecho de Familia (abril de 2012, abril de 2013 y mayo de 2014 respectivamente). Se realizaron seminarios de diálogos interdisciplinarios en la Universidad de Palermo y en el Instituto Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en los que participaron personalidades de diversas ramas del saber incluyendo Derecho, Filosofía, Medicina, Psicología, etc. que debatieron en una serie de encuentros acerca de las TRHA.<sup>10</sup> Asimismo, se ha creado e integrado la Comisión Asesora en Técnicas

---

9 Ver proyecto Honorable Cámara de Diputados, número de expediente 4058-D-2014.

10 A continuación se detallan las actividades mencionadas y otras de relevancia: las I Jornadas Tandilenses de Derecho de Familia, bajo el título "El derecho de Familia de hoy y del mañana. Nuevos retos, tensiones y avances" que se desarrollaron los días 12 y 13 de abril de 2012; las segundas tituladas: "Avances a la luz de un Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" llevadas a cabo los días 25 y 26 de abril de 2013, y las terceras bajo el título, "Un nuevo Código Civil ¿Un nuevo derecho de familia?, los días 26 y 27 de mayo de 2014. Por otra parte, se ha mantenido otro espacio académico como lo es el "Encuentro Nacional de Jóvenes Abogados en Derecho de Familia" cuya tercera aparición fue organizada por el grupo de jóvenes investigadores del proyecto UBACYT 2011-2014, de manera conjunta con el Departamento de Derecho de la Universidad del Sur y el Colegio de Abogados de Bahía Blanca llevado a cabo los días 31 de mayo y 1 de junio de 2012. Por último cabe destacar, la organización de un Seminario sobre "Interdisciplina, Bioética y Derechos Humanos: Las técnicas de reproducción Humana Asistida desde diferentes miradas", destinado a interactuar con distintos operadores que trabajan en la temática de las TRHA (biólogos, médicos, filósofos, psicólogos, psiquiatras, representantes de las ONG de pacientes, etc) realizado en 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (4 encuentros llevados a cabo los días 31 de octubre, 12 y 26 de noviembre y 10 de diciembre de 2013). En la misma tónica se han organizado para el segundo semestre de 2014 dos seminarios a realizarse en el Instituto Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA, el primero, y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, el segundo.

de Reproducción Humana Asistida (CATRHA). Se trata de un grupo multidisciplinario conformado por especialistas de diversas profesiones con funciones normativas y consultivas en el área. En este marco, se ha diseñado una "Guía de buenas prácticas en TRHA", con el objetivo de colaborar de manera activa en mejorar la eficiencia, seguridad y eficacia de los tratamientos de fertilización asistida, protegiendo a los pacientes y permitiéndose el desarrollo de la investigación médica.

- 10) Compilar las principales observaciones esgrimidas al proyecto en torno a la reproducción humana *post mortem*, para su revisión interna y elaboración de una nueva y definitiva versión del abordaje de esta cuestión en una futura ley especial.

Finalmente, y con respecto al décimo y último objetivo planteado, se ha realizado un seguimiento constante de las observaciones esgrimidas al proyecto en torno a la FPM. Dichos datos han sido debidamente procesados, analizados y expuestos a lo largo de las ponencias presentadas y de artículos doctrinarios.<sup>11</sup>

#### **IV. Hipótesis confirmadas o refutadas**

Al basarse la investigación en una problemática tan novedosa y planteándose ésta como una investigación exploratoria, no lleva hipótesis *per se*. Éstas, justamente, se planean de manera tal que permiten realizar una aproximación al objeto de estudio, establecer variables y acotar el problema propuesto.

En este caso, y luego del desarrollo de la presente beca, es posible concluir que resulta necesario regular las TRHA de una manera inclusiva de todos/as los/as usuarios/as así como también de todas sus variables, entre ellas la FPM, para consolidar los avances científico tecnológicos y evitar situaciones de indeterminación e inseguridad jurídica.

---

<sup>11</sup> Por parte de la becaria: PEREZ, Agustina, "Fertilización Post Mortem: Qué dicen y que piensan los medios y la doctrina en nuestro país", Suplemento de Jurisprudencia Argentina 19/03/14 y PEREZ, Agustina, "El derecho humano de formar una familia en los casos de fertilización asistida *post mortem*. Consideraciones a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Revista: Actualidad Jurídica - Familia & Niñez - Actualidad Jurídica, Edición N° 116 - Diciembre/2013. Asimismo, otros integrantes del equipo de investigación han realizado artículos y presentaciones acerca de la temática.

Asimismo, la falta de regulación positiva y abarcativa sobre las TRHA y FPM genera lagunas jurídicas e impide el acceso a derechos fundamentales.

En este sentido, y luego del análisis legislativo realizado, se concluye que con motivo de asegurar los intereses de todas las partes intervinientes es preciso, al menos, incluir los siguientes extremos en una regulación sobre FPM: consentimiento previo y no presunto del causante; delimitación del tiempo en que es posible ejercer esta opción de continuar con el proyecto parental (plazo máximo de un año);<sup>12</sup> asegurar derechos de herederos tanto aquellos existentes al momento de la defunción como también los/as hijos/as que nazcan de la FPM; y asegurar derechos filiatorios a los niños y niñas que puedan nacer.

## V. Métodos y técnicas empleados en la investigación

Siguiendo los lineamientos trazados en el proyecto UBACyT en el que se encuadró el proyecto becado por el CIN, se continuó con la línea de investigación sociojurídica propuesta allí por la Directora y se estableció un diseño flexible que combinó técnicas de tipo cualitativo con aquellas propias de las investigaciones cuantitativas con el objetivo último de profundizar el análisis socio-jurídico de las TRHA y la FPM en especial, mediante diferentes técnicas de recolección de información cuantitativa y cualitativa.

Por un lado, y principalmente, se ha realizado un profundo trabajo de campo con la finalidad de conocer la realidad del uso de las TRHA, la opinión de profesionales de la salud, como así también el perfil de los usuarios, entendiéndose que todo este conocimiento es de suma utilidad para la elaboración de un eventual proyecto de ley capaz de abordar satisfactoriamente las distintas realidades involucradas en las TRHA. En concordancia con ello y tal como se ha expresado al principio de este informe, se realizaron entrevistas abiertas a informantes claves y encuestas semiestructuradas a usuarios de TRHA.

Por otro lado, y de manera clásica en el campo del Derecho, a través de trabajos de indagación teórica, fundamentalmente, a través de técnicas de análisis de documentos escritos (bibliográfica) se recopilaron distintas experiencias que se observan en el derecho comparado —en particular, en el derecho europeo y norteamericano— a fin de evaluar cuál

---

<sup>12</sup> El plazo de un año se debe a que la mayoría de las legislaciones que admiten la FPM en sus regulaciones internas consideran que un plazo menor no permitiría la reflexión al cónyuge o conviviente supérstite y un plazo mayor afectaría los derechos de los herederos.

ha sido el camino elegido por el resto de los Estados y compararlo con la situación actual argentina.

En este sentido, se compulsó material bibliográfico doctrinario por medio de diversas herramientas. A saber: compulsó de material relacionado disponible en la biblioteca de la Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Biblioteca Nacional. Así mismo se han utilizado los motores de búsqueda online de las publicaciones digitales de La Ley y eDial para artículos nacionales así como WestLaw y vLex para bibliografía extranjera principalmente de Estados Unidos y Europa. Asimismo se han compulsado la Revista de Derecho de Familia y de las Personas de La Ley y la Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia de Abeledo Perrot, las dos de mayor difusión en el área de familia del país.

A su vez, se ha realizado un seguimiento constante de las principales repercusiones mediáticas pasadas y actuales, fundamentalmente nacionales pero también extranjeras, en torno a las TRHA y a la FPM, tomando conocimiento, a través de ellas, de casos reales de FPM así como también los debates y la opinión pública respecto a todas las técnicas en general, su regulación o no, los actores implicados, etc.

Finalmente mediante la participación activa en diferentes jornadas, conferencias y congresos durante el desarrollo de la beca se han recolectado datos primarios mediante el método de la observación no estructurada, realizada y analizada detenidamente, acerca de las voces y argumentos a favor y en contra esgrimidas sobre las TRHA en general y la fertilización *post mortem* en especial mediante la cual se ha logrado captar la realidad que se pretende estudiar.

## **VI. Principales conclusiones**

En este apartado se realiza un recuento de las principales conclusiones a las que se arribó durante el desarrollo del plan de beca. Se busca así lograr una breve aproximación a cuestiones cruciales para comprender la lógica de la FPM y cómo esta es receptada en las legislaciones, en la sociedad y cuáles son las consecuencias que de ello se derivan.

En este sentido se realizará una aproximación a A) la legislación internacional y la propuesta nacional posteriormente eliminada, B) jurisprudencia local e internacional, luego a C) la recepción de la FPM en los medios, D) principales conclusiones de la investigación de

campo en torno a las TRHA y, finalmente, una E) reflexión acerca de cómo se traduce una falta de regulación o una regulación prohibitiva de la FPM en la sociedad, en el respeto de los derechos humanos y, en especial, en relación al derecho a formar una familia.

### *A) Legislación internacional y propuesta nacional*

En líneas generales puede observarse que no hay una uniformidad acerca del tratamiento de la FPM. Países como Francia (ley 94/654), Italia (40/2004), Suecia (1140/1984), Noruega (68/1987) Costa Rica (decreto 24.029-s/1995) y Alemania (745/1990) la prohíben, mientras que otros como España (ley 14/2006), Inglaterra (Human Fertilisation and Embriology Act, 2008), Bélgica (Loi relative à la procréation médicalment assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes), Portugal (ley 32/2006) la permiten con diferentes argumentos, regulaciones y tiempos.

El proyecto de reforma, por su parte, se basó en la ley española de técnicas de reproducción asistida 14/2006 que regula la fertilización *post mortem* en su art. 9, el cual establece:

#### Artículo 9. Premoriencia del marido.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

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

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

La regulación propuesta por el Proyecto de Reforma, en cambio, preveía<sup>13</sup> bajo el título "Filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida", lo siguiente:

Artículo 563: 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 art. 560 o en un testamento que [*sus gametos o*]<sup>14</sup> 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.

Con respecto a la capacidad sucesoria el Proyecto establecía en el art. 2279 quiénes pueden suceder al causante, mencionando en el inc. c) a las personas "nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en

---

<sup>13</sup> Tal como se explicará en el punto siguiente, mediante dictamen de Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación con fecha 20 de noviembre de 2013 se eliminaron ciertas disposiciones del Proyecto, entre ellas la FPM y la gestación por sustitución.

<sup>14</sup> Esta inserción responde a que en la primera versión del Proyecto se establecía que la FPM procedía tanto en caso de que existieran gametos criopreservados o embriones.

el artículo 563". Establecía también que el consentimiento debía renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Es por ello que se habla de un doble consentimiento, a saber: para realizar el tratamiento primero y para la utilización del material genético o embrión posteriormente en cada caso en especial.

En conclusión, la propuesta, tachada de escandalosa por parte de la doctrina y opinión pública arguyendo que la FPM permitiría la gestación de niños "deliberadamente huérfanos" (SAMBRIZZI 2012; LAFERRIERE 2012), si se la analiza detenidamente, sólo permitía el ejercicio optativo de proseguir con el proyecto parental en los casos en que se cumplieran todos los requisitos establecidos por el artículo y solo en el caso de que la mujer superviviente (tanto de pareja heterosexual como de pareja del mismo sexo) así lo decidiera, vedándose dicha posibilidad a los hombres, independientemente de su orientación sexual, puesto que dado los requisitos planteados por la, también eliminada, gestación por sustitución (ex art. 562) resultarían por demás restrictivos para alcanzar la paternidad *post mortem* en casos de hombres.<sup>15</sup>

### *B) Jurisprudencia local e internacional*

Dentro de la jurisprudencia y los casos más renombrados a nivel nacional e internacional se encuentran, entre los más antiguos, el caso de Diane Blood, Reino Unido 1997, en el cual se realizó la extracción compulsiva de semen cuando el hombre estaba en coma. La viuda, Diana Blood, sostuvo una batalla legal durante dos años para que la autorizaran a ser inseminada con esperma de su marido muerto. En este no había autorización escrita del marido. La Corte de Apelaciones le permitió, en febrero de 1997, hacer el tratamiento, pero fuera del territorio de Gran Bretaña (THE GUARDIAN, 2003). La Sra. Blood tuvo dos hijos póstumos producto de la inseminación con dicho esperma.

En Argentina, en cambio, el primer caso conocido fue, en 1999, el de una pareja de españoles que pasaban su luna de miel en nuestro país, cuando el esposo falleció. La viuda solicitó por orden judicial la extracción compulsiva de semen de su difunto cónyuge. El

---

<sup>15</sup> Si se explora detalladamente las opciones previstas solo quedan con posibilidades de acudir a la FPM aquellas personas que tengan útero, es decir las mujeres —o los hombres trans—.

material genético se extrajo y la señora se lo llevó a España. Hasta donde se tiene conocimiento, nunca se inseminó con dicho esperma o el mismo no prosperó.<sup>16</sup>

Dentro de la jurisprudencia nacional se registró un caso en el Tribunal de Familia N° 3 de Morón: "G. A. P. s/ autorización"<sup>17</sup> el 21/11/2011. En dicha oportunidad se trataba de la utilización de material genético del cónyuge que había preservado sus gametos porque sufría un cáncer y debía someterse a quimioterapia. El marido falleció mientras la pareja llevaba adelante el proceso de TRHA. La jueza interviniente concluyó, refiriéndose al principio de legalidad del art. 19 de la Constitución Nacional que la viuda había concurrido ante los estrados para completar el proyecto de familia con su marido de "...tener un hijo ya nombrado por ambos...un hijo producto del amor, buscado con amor" y que no estando la práctica prohibida debía permitírsele continuar con su proyecto parental. Sin embargo, la jueza no solo se basó en el consentimiento "presunto" del marido,<sup>18</sup> sino que omitió hacer referencia alguna a los derechos filiatorios y sucesorios del niño que pudiera nacer.<sup>19</sup>

### *C) Recepción de la FPM en los medios*

Este apartado lo dedicaremos a señalar brevemente cómo y bajo qué fundamentos ha aparecido la FPM en el discurso y en los medios argentinos durante el período que va desde el 27 de marzo de 2012 cuando se presentó el Proyecto de Reforma y Unificación del

---

<sup>16</sup> Esta suposición fue extraída de una entrevista que se le realizó al médico interviniente en dicho caso que informó haber estado en contacto con la viuda por algún tiempo y, hasta donde tenía conocimiento, no se había inseminado con dicho material genético.

<sup>17</sup> Para mayor abundamiento ver DE LA TORRE, Natalia y UMAN, Nadia, "Fecundación Post Mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad", Comentario a fallo Tribunal de Familia n° 3 de Morón, 21 de Noviembre de 2011, "G.A.P s/ Autorización". Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de familia 2012-III.

<sup>18</sup> Situación que se salvaguardaba en la regulación de FPM en el Proyecto de Reforma porque se solicitaba un consentimiento formal, específico y debidamente expresado, otorgando seguridad jurídica a todos los intervinientes y respetando los derechos personalísimos del difunto.

<sup>19</sup> Recientemente la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, Mendoza en el caso "S., M. C. s. Medida autosatisfactiva"( 07-08-2014) hizo lugar a la solicitud de una viuda y autorizó a la actora a utilizar los gametos extraídos de su difunto esposo para su inseminación Dicho caso no es analizado en profundidad en estas páginas dado que no entra dentro del lapso en que se desarrolla la beca CIN.

Código Civil y Comercial de la Nación hasta septiembre de 2013, cuando finaliza el período de beca analizado.<sup>20</sup>

Primeramente se tuvieron en cuenta los principales argumentos e ideas presentados en forma de ponencias durante las Audiencias Públicas de la Comisión Bicameral para el debate del Proyecto que tuvo lugar tanto en el Congreso de la Nación en la Ciudad de Buenos Aires como en otras ciudades de Argentina.<sup>21</sup> Luego se hizo un recuento de las ideas recabadas tras la compulsa de material doctrinario de las principales revistas jurídicas argentinas. Finalmente se analizó detalladamente lo que los medios de comunicación expresaron al respecto durante el mismo período.

Así, se analizaron y procesaron oportunamente las ponencias presentadas dentro del debate por el Proyecto de Reforma en torno a la FPM. En el ámbito de Buenos Aires se presentaron 10 ponencias relacionadas con la temática, en Tucumán 3, Rosario 3, La Plata 3, Neuquén 1, Corrientes 1, Córdoba 2, Bahía Blanca 0, La Rioja 3, San Luis 3, La Matanza 3, Salta 5, Ushuaia 0, Partido de la Costa 0, Posadas 0.<sup>22</sup>

Con respecto a la doctrina producida localmente en torno a la FPM, cuantitativamente hablando, se observó que si se reúnen los artículos doctrinarios que en su título o en sus voces contienen expresamente el vocablo *post mortem*, encontramos que dentro de la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires<sup>23</sup> y La Ley Online solo hay diez

---

<sup>20</sup> Como corolario de este tema se realizó un artículo publicado en el Suplemento de Jurisprudencia Argentina al cual remitimos. Para mayor abundamiento consultar: PEREZ, Agustina, “Fertilización Post Mortem: Qué dicen y que piensan los medios y la doctrina en nuestro país”, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, 19.03.2014.

<sup>21</sup> Para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se creó una Comisión Bicameral conformada por integrantes de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y la Honorable Cámara de Senadores de la Nación. En el marco de ella se realizó una convocatoria a Audiencias Públicas para ampliar y difundir el debate ampliamente en la sociedad. El listado de dicha convocatoria se encuentra disponible en detalle en [<http://ccycn.congreso.gov.ar/>] al 28.09.2013.

<sup>22</sup> El orden en que se citan las localidades responde a la disposición cronológica en que se realizaron las audiencias públicas en el país entre noviembre y diciembre de 2012, disponible en: [<http://ccycn.congreso.gov.ar/versiones/index.html>] y [<http://ccycn.congreso.gov.ar/ponencias/>] al 10.02.2014.

<sup>23</sup> En este análisis, por tratarse de la recepción de la temática dentro del país, se ha prescindido del análisis de la información recabada de bases de datos de jurisprudencia y doctrina como ser vLex y Westlaw cuyos aportes provienen del extranjero.

documentos<sup>24</sup> producidos dentro del período de tiempo analizado. Entre ellos la mitad se presentaron luego de marzo de 2012, es decir, luego de la presentación del Proyecto. Lo anterior lleva a concluir que si bien entre la doctrina nacional se observa un ligero interés acerca de la FPM, queda claro que la mayor parte de aporte doctrinario en la materia proviene de producciones académicas extranjeras.

Cualitativamente hablando, se observaron dos tendencias bien diferenciadas en torno a las FPM, a saber: a favor y en contra. Quienes se posicionaron en contra muchas veces incluso en contra de las TRHA pero definitivamente siempre en contra de la FPM lo hicieron fundándose principalmente en dos supuestos: a) la fertilización *post mortem* crea niños deliberadamente huérfanos, y b) el embrión criopreservado es persona.

Este sector que se opone a la FPM olvida reflexionar que, si el embrión es persona como sostienen, más razón aún para implantarlo incluso después de la muerte de uno de los integrantes de la pareja.

En la vereda opuesta, entre los doctrinarios y especialistas de la salud a favor de las TRHA y, por sobre todo, de la FPM, encontramos a doctrinarios que participaron en la redacción del proyecto de reforma como Marisa HERRERA y Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI entre otros y, dentro de los referentes de la medicina, a Sergio PAPIER.<sup>25</sup> Los argumentos fundamentales de los académicos y profesionales que están a favor de la FPM son:

- a) Autonomía de la voluntad: proyecto parental, consentimiento expreso para la realización de la FPM.

---

<sup>24</sup> Entre los artículos encontrados en estas dos bibliotecas y en la base de datos de la Ley Online con expresa referencia al vocablo *post mortem* en su título o entre sus palabras claves o voces se encontraron también tres artículos de autores extranjeros que no serán tratados en esta oportunidad por iguales motivos a los expresados en la nota anterior. Asimismo es de destacar que se encontró referencia a la FPM en otros artículos pero no dentro del criterio buscado y tampoco con aporte significativo para el propósito de este artículo, a saber, las reflexiones más profundizadas en torno al tema en el momento en que se debatió el Proyecto de Reforma del Código Civil.

<sup>25</sup> Ex presidente de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR). Ver por ej. "El nuevo Código Civil incluirá la fecundación *post mortem*" Clarín, 24 de Julio de 2012. Disponible en [[http://www.clarin.com/sociedad/Codigo-Civil-incluirea-fecundacion-mortem\\_0\\_743925638.html](http://www.clarin.com/sociedad/Codigo-Civil-incluirea-fecundacion-mortem_0_743925638.html)] al 08.06.2013.

- b) El embrión *in vitro* no es persona, por lo tanto la FPM no es solamente viable cuando existen embriones sino también cuando se trata de material genético criopreservado.
- c) Diversidad de familias: desde su óptica no se trata de niños huérfanos pues éstos son aquellos que no tienen ni padre ni madre, en estos casos si tienen una madre y, en este sentido, la familia monoparental es tan familia como cualquier otra y debe ser, por tanto, respetada y valorada por igual.
- d) Limitación en el tiempo: algunos autores insisten en regular este instituto pero, responsablemente, hacen notar la necesidad de establecer un plazo determinado para la posibilidad de recurrir a FPM para así salvaguardar los derechos de todas las partes: cónyuge supérstite, difunto/a, herederos y futuros niños nacidos por FPM.

Como puede observarse, todos estos fundamentos contienen una enunciación en relación con una obligada mirada desde los derechos humanos.

Finalmente, respecto a los medios masivos de comunicación, se compulsaron y analizaron detenidamente las publicaciones de tres diarios de gran circulación como ser La Nación, Clarín y Página 12. Entre ellos se observó el siguiente comportamiento:

- a) -La Nación publicó en el período analizado 17 artículos entre los cuales sólo 3 se mostraron a favor de la FPM.
- b) -Clarín difundió 14 artículos en los cuales trató la temática y solo 1 lo hizo a favor.
- c) -Página 12, por su parte, sólo publicó 5 artículos, todos ellos a favor.

A modo de conclusión acerca de la recepción de la temática en los medios pudo establecerse que, por ej., en La Nación, donde se compulsaron 17 noticias estrictamente relacionadas con la FPM que, a su vez, se encuentran en su totalidad relacionadas con el Proyecto de Reforma, de ellas 12 se muestran en contra de la FPM. Solo 3 se muestran a favor o pretenden ser “neutrales”. De todas ellas solo una fue realizada a la Dra. Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, una de las tres juristas que encabezan la Reforma. Este diario habilitó una sección específica para el tratamiento de los temas relacionados con el

proyecto.<sup>26</sup> Se percibe una clara línea contraria a la Reforma en esta fuente, pues abundan los comentarios al estilo "fertilización asistida, divorcios exprés, alquiler de vientres, matrimonios *light* (...) polémicas reformas del nuevo Código Civil y Comercial".<sup>27</sup>

Según Clarín, la FPM, es uno de los cinco puntos más polémicos de la Reforma, ubicándose dentro de las TRHA.<sup>28</sup> Página 12, por su parte, no casualmente ha presentado solo cinco artículos sobre el tema y todos ellos a favor o al menos pretendidamente neutrales.

Los argumentos a favor y en contra rondan en el mismo sentido que los expresados por la doctrina.

### *D) Qué dicen los usuarios al respecto de la FPM*

Como se dijo anteriormente, un punto central de la investigación marco en la cual se inserta este proyecto CIN fue la aproximación al campo de estudio, es decir, a lo que piensan los profesionales que trabajan con las TRHA a diario y a los usuarios que acceden a ellas.

Si bien los resultados de campo son muy reveladores, éstos tienen carácter exploratorio. Es decir, no pueden generalizarse a la población de estudio aunque sí sirven para describir prácticas, tendencias y ofrecen nuevos puntos de indagación. Aquí nos centraremos en algunos aspectos generales a modo introductorio y luego específicamente en la FPM.

Respecto al perfil de los usuarios es posible establecer que: el 39% tiene entre 36 y 40 años, está casado/a (72%), se declara heterosexual (90%), algunos ya tienen hijos (30%) y solo unos pocos se han inscripto para adoptar (7%).

---

<sup>26</sup> La misma se encuentra aún disponible en [<http://www.lanacion.com.ar/la-reforma-del-codigo-civil-t48073>] en fecha 28.09.2013.

<sup>27</sup> La Nación "Se reabre el debate por el futuro Código Civil. El cambio en el Vaticano podría condicionar la reforma, objetada por la Iglesia", 17/03/13. Disponible en [<http://www.lanacion.com.ar/1564117-se-reabre-el-debate-por-el-futuro-codigo-civil>] en 28.09.2013.

<sup>28</sup> Clarín, "Los cinco puntos más polémicos de la reforma" (15.08.12). Disponible en [[http://www.clarin.com/sociedad/puntos-polemicos-reforma\\_0\\_755924602.html](http://www.clarin.com/sociedad/puntos-polemicos-reforma_0_755924602.html)].

A su vez, el 44% cree que el embrión no implantado es persona, aunque entre los que creen que no lo es (37%) y los que no se han decidido aún por una u otra opción (19%) alcanzan la mayoría. En esta línea, el 54% está de acuerdo con la donación de embriones a otras familias y el 24% está de acuerdo también con la donación para investigación. Sin embargo, cuando se les consulta acerca de si ante una posible ruptura están de acuerdo con que una de las partes se implante el embrión el 40% está en contra.

En lo que atañe a la FPM, la voluntad positiva es contundente: el 70% está de acuerdo en que ante el fallecimiento del marido/cónyuge se le permita a la mujer implantarse los embriones criopreservados. Sólo el 5% no está de acuerdo y le resto se debate entre “no sabe” (14%), “solo si hubo consentimiento de ambas partes (6%), “otro” (3%) y “es una decisión personal de cada pareja” (2%).

Así las cosas, es posible concluir que la amplia mayoría de los usuarios que acuden a las TRHA con el objetivo de formar una familia están de acuerdo con la FPM, es decir, con proseguir con el proyecto parental aún después del deceso de uno de los integrantes de la pareja. En cambio, dicha voluntad no trasciende cuando se trata de una separación o divorcio.

### *E) FPM y el derecho humano a formar una familia*

Sería posible establecer, hoy en día, que cuestiones como las relacionadas con el status jurídico del embrión han quedado saldadas dentro del sistema interamericano de derechos humanos en la sentencia “Artavia Murillo vs. Costa Rica”,<sup>29</sup> mientras que los

---

<sup>29</sup> CIDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257. En dicha sentencia la Corte declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y determinó que el embrión no implantado no es persona. Ver párr. 180, 186, 187 y 223. En igual sentido párr. 224, 225, 226, 237, 244 y concordantes con respecto del status jurídico del embrión.

prejuicios en torno a la familia monoparental han quedado esclarecidos en la sentencia "Fornerón vs. Argentina".<sup>30</sup>

Sin embargo, cuando de FPM se trata, pareciera que dichas aseveraciones habrían sido olvidadas. Y es que la FPM combina varios de los aspectos más reñidos en torno a las TRHA que son el ejercicio de los derechos reproductivos y la concepción de familia (y los medios por los cuales llegar a ella) en circunstancias excepcionales. La decisión se concentra en (por lo general) una mujer que decide ser madre aún luego del deceso de su pareja. Involucra, también, una cuestión de género.<sup>31</sup>

Para empezar, se critica este instituto bajo la teoría de "crear" un niño deliberadamente huérfano. Es necesario aclarar en este sentido que no es cierto que el niño en estos casos nazca huérfano. Tal es aquel que carece de doble vínculo filial,<sup>32</sup> pero en este caso va a tener una madre.<sup>33</sup> La familia monoparental es tan familia como cualquier otra y "no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños".<sup>34</sup> Más aún, "la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas".<sup>35</sup>

---

30 CIDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 51 y 99.

31 ¿Por qué quiere ser madre? ¿Por qué no se han registrado casos de hombres que deseen ser padres aún luego del fallecimiento de su compañera/o? ¿Acaso son "menos padres" los hombres? ¿O acaso pesa el mandato "femenino" de la maternidad? Y podríamos continuar haciéndonos preguntas del estilo pero por extensiones prácticas y metodológicas de esta presentación se dejarán de lado los aspectos sociológicos de las TRHA y la FPM en especial.

32 Es decir, aquel que no tiene ni madre ni padre o ni madre ni madre o ni padre ni padre, puesto que en los países que han legalizado el matrimonio igualitario (ej. Argentina, Brasil y Uruguay en la región) el vínculo filial de los niños puede involucrar, también, dos hombres o dos mujeres.

33 O un padre, ya que a pesar de que las legislaciones nos prevén mayoritariamente estos casos, lo cierto es que pareciera no existir una justificación suficiente para no permitirle el acceso a la FPM también a los hombres, pese a los institutos adicionales que requeriría (v.g. gestación por sustitución).

34 CIDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 99.

35 *Id.*

También se critica la falta de contemplación del “interés superior del niño” o el privilegio de los intereses propios por sobre los de la persona menor de edad.<sup>36</sup> Nadie duda de que aquel debe protegerse y que es en sí mismo un fin legítimo e imperioso,<sup>37</sup> pero lo cierto es que no configura ninguna novedad que este *interés superior del niño* ha sido utilizado más como pretexto para justificar ideas y prejuicios sociales propios<sup>38</sup> que como medio para evaluar el efecto de los comportamientos parentales específicos (y no especulativos ni imaginarios) sobre los niños y niñas.<sup>39</sup>

En este sentido, la familia, la forma de conformarla, la decisión de ser madre o padre, el mismísimo derecho a formar una familia, resulta parte de la vida privada.<sup>40</sup> En consecuencia “la vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, [a] la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás” ,<sup>41</sup> así como también [b] el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones,<sup>42</sup> y [c] la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra, en el caso que nos convoca, el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

---

36 Como por ejemplo consideraciones como las expuestas por los tribunales domésticos en el caso *Atala vs. Chile*.

37 CIDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Febrero de 2012. Serie C No 239 Párr. 108

38 La reciente sentencia *Atala vs. Chile* es un ejemplo de cómo se pueden tergiversar las ideas mediante el mentado interés del niño, ver al respecto párr. 55, 61, e incluso fue uno de los institutos legales analizadas por la Corte según se establece en el párr. 77 y luego desarrolla en párr. 100, 101 y en especial 102.

39 *Atala op. cit.* párr. 109 y *Forneron op. cit.* párr. 51

40 Ver al respecto dentro del sistema interamericano caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 119 y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 162 y en el sistema europeo T.E.D.H. *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párrs. 71 y 72; *Caso Niemietz Vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29; *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr.57; *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 82; *Caso P. y S. Vs. Polonia*, (No.57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96, etc.

41 *Atala op. cit.* párr. 162

42 *Artavia Murillo op. cit.*, párr. 142

Así, el derecho humano a formar una familia necesita no solo de la protección y el respeto del Estado sino también el de la sociedad. Requiere, a su vez, del pleno ejercicio de otros derechos como ser el derecho a la vida privada anteriormente expuesto; los derechos reproductivos (que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos —planificación— y a disponer de la información y de los medios para ello —métodos de fecundidad, tecnologías disponibles y demás métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables<sup>43</sup>—); y el derecho de beneficiarse de los avances de la ciencia.<sup>44</sup>

## VII. Reflexiones finales

Como se ha podido observar, el presente informe se ubica en un contexto histórico complejo, en el que pudo (o quizás aún puede) respetarse una jurisprudencia de derechos humanos concordante con las TRHA<sup>45</sup> y la idea de familias en plural en un nuevo Código Civil inclusivo y pluralista.

En este entretejido, la FPM no es sino una herramienta más para llevar a cabo el proyecto parental que, al mismo tiempo, constituye un nuevo desafío que la tecnología pone ante la sociedad toda, retándola hasta sus límites, en pos de generar un espacio en que la autonomía de la voluntad y el derecho a formar una familia encuentren lugar.

Los resultados obtenidos gracias al desarrollo de la beca de investigación que aquí se comenta y la participación activa en un proyecto UBACyT, son experiencias necesarias para producir conocimiento, como este informe, que permitan a todos los operadores jurídicos

---

<sup>43</sup> Artavia op cit. párr. 148. Ver también los documentos relativos al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995.

<sup>44</sup> Artavia op. cit. párr. 146 y 150. El derecho a beneficiarse del progreso científico se encuentra consagrado tanto a nivel internacional como interamericano en, por ej, el art. 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. XIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 14.1 b) del Protocolo de San Salvador la Declaración de Naciones Unidas sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad (AG año 1975), etc.

<sup>45</sup> Y acá nos referimos al ya mencionado caso de la CIDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica.

pensar el derecho más allá de sus fronteras escritas y construir una verdadera ciudadanía democrática.

### **Bibliografía consultada y recomendada luego del desarrollo del plan de beca**

BARTON, S. et al. (2012) "Population-based study of attitudes toward posthumous reproduction", *Fertility and Sterility*, vol. 98, issue 3, septiembre 2012, Birmingham, Alabama, EE.UU, pp. 735-40.

CARRANZA CASARES, C. y HERRERA, M. (2002) "La fecundación *post mortem* y su incidencia en el derecho de filiación", *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, volumen 21, 2002, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 23-42.

FAMÁ, M. (2009) "La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano", en *La Ley*, 2009-D, pp. 78-85.

FAMÁ, M., GIL DOMINGUEZ, A. y HERRERA, M. (2010) *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires, Ediar.

FERRER, F. (2004) "La función del derecho, las técnicas de procreación humana *post mortem* y el derecho sucesorio", *Jurisprudencia Argentina* del 23.06.2004.

FUCITO, F. (1999) *Sociología General*. Buenos Aires, Universidad.

GERLERO, M. y PEDRIDO, M. (2011) "Parentalidad, diversidad sexual e identidad de género: un enfoque socio-jurídico", *La Ley* del 22.09.2011

GROSMAN, C. (dir.) y HERRERA, M. (comp.) (2008) *Familia monoparental*. Buenos Aires, Universidad.

JATIB, G. (2012) "Reflexiones sobre cuestiones de bioética ante la reforma del Código Civil", *Suplemento actualidad La Ley* del 11.09.2012.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E. (2010) "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", en *La Ley* del 20.09.2010

— (2011) "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", en *La Ley Uruguay*, 2011-10, pp. 1304-16.

KRASNOW, A. (2012) "Fecundación *post mortem*", *La Ley online* del 28.2.2012

KUNZ, A. y CARDINAUX, N. (2004) *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesisistas*. Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

LAFERRIERE, N. (2012) "La fecundación *post mortem*, un debate en el nuevo Código Civil", Infobae, Buenos Aires, 26/07/12. Consultado en [<http://www.infobae.com/2012/07/26/661181-la-fecundacion-post-mortem-un-debate-el-nuevo-codigo-civil>] el 28.09.2013.

PÉREZ GALLARDO, L. (2007) "Inseminación artificial y transferencia de pre-embiones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, otoño/invierno 2007.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2011) "Reproducción artificial *post mortem*". En XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica "Problemas Sociales de Latinoamérica. Desafíos al campo Jurídico", 2011, Comisión de trabajo: Familias, infancias y adolescencias: las respuestas del campo jurídico.

SABINO, C (1996) *El proceso de investigación*. Buenos Aires, Lumen/Humanitas.

SAMBRIZZI, E. (2012) "El relativismo moral y el derecho de familia", *Suplemento Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* del 30.04.2013 y *La Ley*, 2013-C, pp. 725-30.

— (2012b) "Fecundación 'post mortem'", *La Ley*, 2012-A, pp. 850-7.

SAPENA, J. (2009) "Fecundación *post mortem*". *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, 2009, vol. 43, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 467-78.

THE GUARDIAN (2003) "Diane Blood law victory gives her sons their 'legal' father", publicado el 19.09.03. Consultado en [<http://www.guardian.co.uk/science/2003/sep/19/genetics.uknews>] el 11.05.2014.