

Universidad de Barcelona

Facultad de Derecho

CONSENTIMIENTO PRESUNTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM*

CRITERIOS PARA SU REGULACIÓN EN ARGENTINA

Autor: Leonardo Geri

Tutora: Prof. Dra. Mónica Navarro-Michel

Máster en Estudios Jurídicos Avanzados (2017 - 2018)

Junio de 2018

A mis padres y a mis abuelos, por el apoyo de siempre.

A Cira, por su impresionante comprensión del tiempo.

A la Prof. Dra. Mónica Navarro-Michel, por su predisposición.

RESUMEN

El objeto de este trabajo de fin de máster es el consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*. Se proponen criterios para su regulación en Argentina y se argumenta sobre los fundamentos del instituto. En este país rige desde agosto de 2015 el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que contempla un sistema autónomo de filiación aplicable a las tecnologías reproductivas. Sin embargo, los casos *post mortem* han sido desregulados. En los últimos años se han dictado numerosas sentencias favorables a este tipo de técnicas. La mayoría ha reconocido el consentimiento presunto del difunto, aunque sin una construcción conceptual clara al respecto y con la consecuente inseguridad jurídica en torno a la filiación de las personas nacidas.

«Quien al final se mantiene en sus posiciones iniciales, en efecto, sale tal como era antes de comenzar el diálogo; pero quien corrige su posición mejora, se libera del peso del error».

Gustavo ZAGREBELSKY, *Contra la ética de la verdad*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Trotta, Madrid, 2010, 106.

ÍNDICE

Abreviaturas.....	6
Introducción.....	8

Capítulo I

Las técnicas de reproducción humana asistida <i>post mortem</i>	11
1.1. La aplicabilidad <i>post mortem</i> de las técnicas de reproducción humana asistida.....	11
1.2. Aclaraciones terminológicas.....	16
1.3. El impacto jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida.....	18
1.4. Las críticas a la fecundación <i>post mortem</i>	21
1.5. Las técnicas de reproducción humana asistida <i>post mortem</i> en el derecho comparado	24
1.5.1. Reino Unido	26
1.5.2. España.....	29
1.5.3. Cataluña	32

Capítulo II

La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en Argentina	35
2.1. Los principios del Código Civil y Comercial de la Nación.....	36
2.1.1. El principio de constitucionalización del derecho privado.....	37
2.1.2. El principio de democratización de la familia	41
2.2. La filiación por técnicas de reproducción humana asistida.....	43
2.3. La filiación <i>post mortem</i> en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación..	48

Capítulo III

Criterios para la regulación del consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida <i>post mortem</i> en Argentina	52
3.1. Aproximación al consentimiento presunto.....	53
3.2. El reconocimiento jurisprudencial del consentimiento presunto.....	56
3.3. Criterios para la regulación del consentimiento presunto	59
3.3.1. Consentimiento presunto como presunción legal	60

3.3.2. Excepcionalidad del consentimiento presunto.....	62
3.3.3. Existencia de embriones crioconservados al tiempo de la muerte.....	64
3.3.4. Embriones formados con material genético de la persona fallecida.....	67
3.3.5. Obligada perspectiva de género.....	68
3.4. La ventaja práctica del consentimiento presunto en relación con el estatuto jurídico del embrión <i>in vitro</i>	69
3.5. La aplicación en sentido negativo del consentimiento presunto	72
Conclusiones.....	76
Bibliografía.....	78
Jurisprudencia.....	90

ABREVIATURAS

AAS	Acta Apostolicæ Sedis
All ER	All England Law Reports
ASRM	American Society for Reproductive Medicine
CA	Court of Appeal
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DGP	Diagnóstico genético preimplantacional
ECHR	European Court of Human Rights
ESHRE	European Society of Human Reproduction and Embryology
FIV	Fecundación <i>in vitro</i>
FIVTE	Fecundación <i>in vitro</i> con transferencia de embriones
GC	Grand Chamber
GIFT	<i>Gamete Intra-Fallopian Transfer</i> (Transferencia intratubárica de gametos)
GU	Gazzetta Ufficiale della Repubblica
HFEA 1990	Human Fertilisation and Embryology Act 1990
HFEA 2008	Human Fertilisation and Embryology Act 2008
IA	Inseminación artificial
ICSI	<i>Intra Cytoplasmic Sperm Injection</i> (Inyección intracitoplasmática de espermatozoides)
JA	Jurisprudencia Argentina
LL	Revista Jurídica Argentina La Ley
LTRA	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
RC J	Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SEF	Sociedad Española de Fertilidad

SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
SUZI	<i>Subzonal Insemination</i> (Inseminación subzonal)
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRHA	Técnica(s) de reproducción humana asistida
UKHL	United Kingdom House of Lords
WLR	Weekly Law Reports

INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), en desarrollo desde hace décadas, han disociado la reproducción del sexo. En un principio, el acceso se restringía a las personas con infertilidad o esterilidad médica. Sin embargo, la sociedad occidental asiste al reconocimiento socio-jurídico de nuevos modelos familiares —entre ellos, el monoparental—, y esto ha provocado en muchos países la socialización de las tecnologías reproductivas. En este contexto se ubica la aplicabilidad *post mortem* de las TRHA, que constituye una vía de acceso a la monoparentalidad originaria. Así, durante las dos últimas décadas del siglo pasado han trascendido públicamente los primeros casos; estos han sido protagonizados por mujeres europeas que pretendían reproducirse con el material genético de su marido o conviviente fallecido.

Las TRHA han impactado en los sistemas jurídicos desde diversos ángulos. Una de las secuelas más palpables es la insuficiencia de las categorías tradicionales de la filiación para resolver los efectos de un acto procreativo asistido. La cuestión es más compleja si este acto se realiza luego de la muerte de uno de los integrantes del proyecto parental. Mientras algunos países desregulan y/o prohíben la reproducción *post mortem*, otros la regulan y establecen a la vez los presupuestos para la determinación de la filiación. La mayoría de las legislaciones exige el consentimiento expreso del difunto.

En Argentina, el microsistema jurídico de TRHA es tridimensional, porque comprende el acceso integral, los efectos civiles y los aspectos jurídicos de fondo. A la fecha, solo las dos primeras dimensiones han sido legisladas. La segunda está contemplada en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), vigente desde agosto de 2015. Este nuevo texto legal regula un sistema de filiación aplicable a las TRHA, que se estructura sobre la «voluntad procreacional». Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la filiación *post mortem*, pero la figura fue suprimida en el marco del debate parlamentario. No obstante, esta era sumamente restrictiva y no admitía el consentimiento presunto.

Pese a la desregulación, la demanda social no ha cesado y a la fecha se han dictado numerosas sentencias favorables a este tipo de técnicas. El denominador común de los casos judicializados es la ausencia de un consentimiento específico otorgado por el difunto. Esto

me ha llevado a estudiar el consentimiento presunto a las TRHA *post mortem*, que es el objeto de esta investigación. Concretamente, mi objetivo es proponer algunos criterios para su eventual regulación en Argentina y argumentar sobre los fundamentos del instituto, dado que parto de la hipótesis de que debería legislarse sobre esta materia.

En este tema convergen la medicina reproductiva, el derecho y la bioética, entre otras disciplinas. Esto explica el contenido del primer capítulo del trabajo: por empezar, describiré las modalidades de TRHA y su aplicabilidad *post mortem* según el estado actual de la ciencia; luego explicaré el impacto jurídico de estas tecnologías y a continuación resumiré el debate bioético existente.

Aprovecharé también este capítulo para analizar el tema desde la perspectiva comparada. Me detendré en las legislaciones británica, española y catalana, que son la expresión de un bagaje científico y legal construido durante casi medio siglo. Ahora bien, adelanto que la legislación española será la que más referenciaré a lo largo de este trabajo, dado que regula expresamente el consentimiento presunto a las transferencias embrionarias *post mortem*.

Los capítulos segundo y tercero se corresponden con una noción indispensable para el uso del método dogmático: la distinción entre lo que la norma dice y lo que debería decir¹. Abordaré el primer aspecto en el segundo capítulo y, por tanto, explicaré el sistema de filiación por TRHA vigente en Argentina. Ello se justifica porque, dado los efectos que en estos términos despliegan las tecnologías procreativas, su aplicabilidad *post mortem* debería regularse en este ámbito. Trataré el segundo aspecto en el tercer —y último— capítulo, en el que propondré cinco criterios para la regulación del consentimiento presunto a las TRHA *post mortem* en Argentina y argumentaré sobre los fundamentos del instituto.

Por otra parte, el soporte iusfilosófico y axiológico de mi investigación serán los derechos humanos, que constituyen las bases jurídicas pero también el mínimo ético irrenunciable sobre el que deben asentarse las sociedades occidentales². Así, «dialogaré» con el *corpus iuris* convencional y, especialmente, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

¹ Cfr. Hernán CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer una tesis en Derecho. Curso de metodología de la investigación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, 58.

² Cfr. María CASADO, «Nuevo Derecho para la nueva genética», en *idem* (ed.), *Bioética, Derecho y Sociedad*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2015, 47-65, 60.

Derechos Humanos (Corte IDH), que es vinculante para todos los Estados sujetos a su jurisdicción, entre los que se encuentra Argentina.

Finalmente y en relación con la metodología de citas, seguiré el sistema continental, de manera que ubicaré las referencias en notas al pie de página³.

³ Aplicaré las reglas propuestas por Fernando M. TOLLER, *Sistema de citas y redacción en Derecho. Manual hispanoamericano*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

CAPÍTULO I

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM*

En este capítulo introduciré desde diversos enfoques la aplicabilidad *post mortem* de la reproducción asistida.

En el apartado primero describiré en abstracto las modalidades de TRHA, según el estado actual de la ciencia. A continuación, delimitaré los supuestos de hecho en los que puede practicarse *post mortem* una TRHA.

En el apartado segundo realizaré algunas precisiones terminológicas, dado que en la literatura jurídica suelen utilizarse diversos conceptos de manera intercambiable, pero que no significan lo mismo. En particular, distinguiré entre «inseminación *post mortem*», «fecundación *post mortem*», «reproducción *post mortem*» y «filiación *post mortem*».

En el apartado tercero explicaré por qué las tecnologías reproductivas han trastocado las categorías tradicionales de la filiación. También reseñaré la tensión entre regulación y «desregulación», que es un fenómeno frecuente en el ámbito de las biotecnologías.

En el apartado cuarto y dada la complejidad bioética del tema tratado, resumiré las críticas dirigidas a la fecundación *post mortem*. Aprovecharé la oportunidad para opinar al respecto.

Finalmente, en el apartado quinto me aproximaré a las TRHA *post mortem* desde la perspectiva comparada. A tal fin, comentaré las legislaciones británica, española y catalana.

1.1. LA APLICABILIDAD *POST MORTEM* DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La técnica campea en el ámbito de la reproducción humana desde finales del siglo XVIII. En efecto, la primera inseminación artificial que se registra fue practicada por el escocés John Hunter en la década de 1790⁴. A partir de este hecho, comenzó una sucesión de avances muy significativos. Así, por ejemplo, en 1953 el norteamericano Jerome K. Sherman logró el primer embarazo a través de la colocación intrauterina de semen previamente congelado⁵.

⁴ Cfr. Willem OMBELET y Johan VAN ROBAYS, «Artificial insemination history: hurdles and milestones», *Facts, Views and Vision in Obstetrics and Gynaecology* 7:2 (2015) 137-143, 141.

⁵ Cfr. *Ibid.*

Sin embargo, el hito histórico más relevante fue el nacimiento de la inglesa Louise J. Brown el 25 de julio de 1978. Se trató de la primera persona que nació luego de haber sido concebida *in vitro*. Desde entonces, la posmodernidad protagoniza una verdadera «revolución reproductiva» que ha permitido la reproducción sin sexo, aunque también el sexo sin reproducción⁶.

En este sentido, las TRHA son todos aquellos métodos que tienen por objeto la consecución de un embarazo y cuya característica común es la separación entre la reproducción humana y el coito⁷. En el estado actual de la ciencia, admiten una doble clasificación, que comentaré a continuación.

En primer lugar, las TRHA pueden ser intracorpóreas o extracorpóreas, según la fecundación del óvulo se concrete dentro o fuera del cuerpo humano. En la primera categoría se destaca la inseminación artificial (IA), que consiste en la introducción de semen en el útero. También es usual la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), que permite la transferencia de los gametos femeninos y masculinos a la trompa de Falopio mediante laparoscopia, de manera que la fecundación es espontánea⁸.

Por el contrario, la TRHA extracorpórea por antonomasia es la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE). Como su nombre lo indica, implica fecundar un óvulo extracorpóreamente, para luego transferir el embrión generado al cuerpo humano⁹. La técnica puede realizarse de dos formas. La primera opción es la convencional, que consiste en colocar en una placa de plástico o de vidrio un ovocito rodeado de muchos espermatozoides para provocar la fecundación. El otro método es la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), que permite microinyectar un espermatozoide vivo dentro del

⁶ Cfr. Eleonora LAMM, «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho* 24 (2012) 76-91, 78 (la autora explica que la reproducción sin sexo es posible gracias a las tecnologías reproductivas, mientras que el sexo sin reproducción lo es gracias a los métodos anticonceptivos).

⁷ Cfr. Luigi MASTROIANNI Jr., «Reproductive Technologies: Introduction», en Werren Thomas REICH (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, rev. ed., Simon & Schuster Macmillan, New York, 1995, 4, 2207-2212, 2207.

⁸ Cfr. Dolores LOYARTE, «Fecundación asistida», en Oscar E. GARAY (coord.), *Bioética en Medicina*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 149-180, 154.

⁹ Existen diversas variantes según el grado de desarrollo embrionario. Se destacan las siguientes: a. la transferencia uterina de cigotos, que se realiza después de las primeras 24 horas desde la fecundación; b. la transferencia intratubárica de cigotos, que se diferencia de la anterior porque los cigotos no son transferidos al útero sino a las trompas de Falopio, dentro de las 24 a 48 horas desde la fecundación; c. la transferencia en estado de pronúcleos a trompas, que se practica dentro de las 24 horas posteriores a la fecundación, cuando todavía no se ha producido la división de las células embrionarias. Cfr. *Ibid.*

ovocito¹⁰. Si en vez de uno se microinyectan varios espermatozoides, la técnica se denomina inseminación subzonal (SUZI).

La FIVTE conlleva mayores implicaciones que las técnicas intracorpóreas (p.ej., exige una estimulación ovárica que genera un mayor desgaste físico y psíquico de la mujer; se presenta el dilema sobre el destino de los embriones sobrantes; etc.). De allí que su rol sea subsidiario ante el fracaso de otros métodos menos complejos. Sin embargo, la elección de la técnica depende de la condición médica de las personas¹¹.

A la vez, la FIVTE se complementa con otras técnicas disponibles. Así, es frecuente el recurso al diagnóstico genético preimplantacional (DGP), que se realiza en un embrión vivo antes de implantarlo en el útero para determinar la presencia o la ausencia de un gen o de un cromosoma particular¹². En otras palabras, se seleccionan los embriones «sanos»¹³.

En segundo lugar, tanto las técnicas intracorpóreas como las extracorpóreas pueden ser homólogas o heterólogas. En el primer caso, el material genético es exclusivo de los integrantes del proyecto parental. Por el contrario, son heterólogas cuando se emplea material genético donado y, por tanto, su titularidad corresponde a una persona extraña a la familia¹⁴.

¹⁰ Cfr. Viviana BERNATH, *ADN. El detector de mentiras*, 1ª ed., Debate, Buenos Aires, 2011, 251.

¹¹ Así, por ejemplo, si la causa de infertilidad es masculina (p.ej., mala calidad espermática), el primer paso es la IA. Por el contrario, si la mujer tiene dañadas las trompas de Falopio, o si carece de ellas, es probable que el médico recomiende directamente la FIVTE.

¹² Cfr. Lucy FRITH, «Reproductive Technologies», en Ruth CHADWICK (ed.), *The Concise Encyclopedia of the Ethics of New Technologies*, Academic Press, San Diego, 2001, 351-362, 351.

¹³ El DGP es eje de un debate bioético muy complejo. Para algunos, la técnica permite cumplir el principio de beneficencia procreativa, que implica la obligación moral de los padres de engendrar el niño que pueda tener la «mejor» vida posible, a partir de la información disponible. Así, en la selección embrionaria habría que tener en cuenta los genes causantes de enfermedades y también aquellos que solo generan o predisponen una determinada característica física o psíquica que no constituye en sí misma una patología (p.ej., la altura o la inteligencia). Cfr. Julian SAVULESCU, «Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children», *Bioethics* 15:5-6 (2001) 413-426. Por el contrario, otros proponen la prohibición del DGP, por considerar que es contrario a la inviolabilidad de cada vida humana y que, al determinar las características genéticas de la persona seleccionada, comporta una programación que violenta su dignidad. Cfr. Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE, *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, Educa, Buenos Aires, 2011, 310. Finalmente y en una posición intermedia, algunos autores admiten la eugenesia negativa a través del DGP, pero rechazan la positiva. Esta postura está sintetizada en la tesis doctoral de María JORQUI AZOFRA, *Análisis genéticos en el ámbito asistencial: reflexión ético-jurídica*, Comares, Granada, 2010, 41.

¹⁴ Una de las últimas novedades es la «donación mitocondrial», a la que se recurre cuando la mujer posee alguna mutación en sus mitocondrias que pueda ser transmitida a su descendencia. Como su nombre lo indica, solo se donan las mitocondrias, de modo que la mujer con voluntad procreacional pueda aportar el núcleo y lograr concebir un hijo genéticamente propio. La técnica admite dos variantes. La primera es la «transferencia de núcleo materno», que consiste en remover el núcleo del óvulo con mitocondrias enfermas, para luego transferirlo a un óvulo con mitocondrias sanas, cuyo núcleo fue removido con anterioridad. A continuación, se procede a la fecundación del óvulo. La segunda variante es la «transferencia pro-nuclear», que implica generar

También es común la donación de embriones, de manera que en este supuesto no hay material genético alguno de los usuarios de las TRHA.

Desde un principio, la reproducción asistida ha abierto el abanico reproductivo de millones de personas con infertilidad o esterilidad médica. Con el paso del tiempo, el alcance subjetivo de las TRHA se ha potenciado notablemente, y actualmente en algunos países el acceso no depende de una prescripción médica¹⁵.

Una de las causas de lo comentado es el cambio cultural que atraviesa toda la sociedad occidental. Me refiero a la crisis del modelo matrimonial, heterosexual y binario —entre otras características— de familia. La posmodernidad ha acabado con el monopolio socio-jurídico de este esquema. En la actualidad se reconocen otras estructuras familiares, como las parejas de hecho, las familias «ensambladas» y las familias homo y monoparentales. En otras palabras, el vocablo «familia» ha dejado de aludir a un grupo homogéneo para dar lugar a cierta heterogeneidad¹⁶.

Así, la alianza entre las biotecnologías y las nuevas estructuras familiares es inevitable, porque las TRHA son necesarias para las personas con «infertilidad estructural»¹⁷. Esto es palpable en las parejas de personas del mismo sexo, que siempre requieren gametos donados. Lo mismo ocurre cuando la iniciativa reproductiva recae originariamente en una persona sola. Además, en el caso de los hombres también es indispensable la gestación por sustitución.

En este contexto, la aceptación socio-jurídica de las familias originariamente monoparentales fue el detonante para que muchas personas demandasen la aplicabilidad *post mortem* de la reproducción asistida. Concretamente, se trata de realizar una TRHA luego del fallecimiento de uno de los integrantes del proyecto parental.

dos embriones —uno con el óvulo de mitocondrias sanas y otro con el óvulo de mitocondrias enfermas—. Luego, el núcleo del embrión con mitocondrias enfermas es removido y transferido al embrión con mitocondrias sanas, cuyo núcleo fue removido con anterioridad. El país más avanzado en la materia es el Reino Unido, que en febrero de 2015 incorporó la técnica a la Human Fertilisation and Embryology Act. La modificación comenzó a regir en octubre del mismo año. Cfr. Rosa J. CASTRO, «Mitochondrial replacement therapy: the UK and US regulatory landscapes», *Journal of Law and the Biosciences* 3:3 (2016) 726–735, 728 y 730.

¹⁵ Así sucede, por ejemplo, en Argentina, Reino Unido y España.

¹⁶ Cfr. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Capítulo introductorio», en *idem et al.* (dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, I, 9-94, 10.

¹⁷ La expresión se refiere a la incapacidad para concebir que experimentan los individuos que no forman parte de una relación heterosexual. Cfr. Esther FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, 28, nota 10.

El primer caso que trascendió públicamente fue protagonizado por la francesa Corinne Parpalaix en 1984. Alain, su marido, había crioconservado su semen en el Centre d'Etude et de Conservation du Sperme Humain antes de iniciar un tratamiento oncológico. Luego de su muerte, la viuda solicitó al centro médico que la inseminaran. El pedido fue denegado, porque el fallecido no había otorgado un consentimiento expreso. Esto desencadenó una batalla judicial que culminó con una sentencia favorable a Corinne, dictada por el Tribunal de Grande Instance de Créteil el 1 de agosto de 1984. Corinne fue inseminada en noviembre de ese mismo año, aunque sin éxito en la consecución del embarazo.

Ahora bien, el fundamento de la sentencia no fue el pretendido derecho de propiedad sobre el esperma —tal como alegaba la parte actora—, sino más bien la libertad reproductiva. A ello se unía el deseo inequívoco de Alain de procrear con Corinne, lo que se dedujo de la crioconservación premeditada de su semen¹⁸. De este modo, la decisión judicial se fundó en el consentimiento presunto del difunto.

Con el pasar de los años, las TRHA *post mortem* alcanzaron una gran popularidad, y ello obligó a los Estados a brindar respuestas jurídicas concretas. En sentido abstracto, la técnica es *post mortem* cuando se practica luego del fallecimiento de uno de los integrantes del proyecto hetero u homoparental y con su material genético. Las posibilidades son las siguientes:

- a. Emplear el material genético de la persona fallecida cuya crioconservación se inició antes de la muerte;
- b. Implantar embriones que posean el material genético de la persona fallecida y que se generaron antes de la muerte;
- c. Extraer los gametos de una persona fallecida para su posterior uso reproductivo¹⁹. Actualmente pueden obtenerse de un cadáver espermatozoides testicularios o epididimarios (adquiridos del testículo o del epidídimo) que no han sido eyaculados²⁰.

¹⁸ El caso es reseñado por Usha AHLUWALIA y Mala ARORA, «Posthumous Reproduction and Its Legal Perspective», *International Journal of Fertility and Fetal Medicine* 2:1 (2011) 9-14, 13.

¹⁹ La primera extracción cadavérica de semen fue lograda por Cappy Miles ROTHMAN, «A Method for Obtaining Viable Sperm in the Postmortem State», *Fertility and Sterility* 34:5 (1980) 512.

²⁰ Cfr. Carmen OCHOA, «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario científico», en *idem* (dir. científ.) y Francisco LLEDÓ YAGÜE (dir. jco.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, 123-126, 124.

También es factible la extracción de óvulos, aunque el procedimiento es más complejo²¹.

La realidad indica que la mayoría de los casos son protagonizados por mujeres ante el deceso de su marido o conviviente varón. Sin embargo, es factible que sea la mujer la que fallezca y el hombre el que decida continuar el proceso reproductivo. En el mismo sentido, también quedan comprendidas las parejas de personas del mismo sexo, tanto femeninas como masculinas. Ahora bien, si el supérstite no posee capacidad gestacional, la gestación por sustitución es imprescindible.

Finalmente, en países como Israel y Rusia se registran supuestos de reproducción *post mortem* concretados por personas que no compartían un proyecto parental con el difunto²². Es lo que sucede cuando se pretende la utilización del material genético de un hijo fallecido, de modo que el deseo de parentalidad se sustituye por uno de «abuelidad».

1.2. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

Frecuentemente, en la literatura jurídica se utilizan los conceptos de «inseminación *post mortem*», de «fecundación *post mortem*», de «reproducción *post mortem*» y de «filiación *post mortem*» de manera intercambiable. Sin embargo, tal sinonimia es aparente, porque los vocablos no significan lo mismo.

Por un lado, la «inseminación *post mortem*» alude a la técnica intracorpórea mediante la cual se colocan los gametos del difunto en el cuerpo de una persona, pero excluye la fecundación *in vitro*. Así, el término «fecundación *post mortem*» es más amplio, porque incluye todos los supuestos en los que se fecunda un óvulo luego de la muerte de la persona. Sin embargo, no comprende la transferencia de embriones generados con anterioridad a la muerte²³. Para evitar esta exclusión, se habla de «reproducción *post mortem*»²⁴.

²¹ Cfr. Maya SABATELLO, «Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective», *Journal of Law and Health* 27 (2014) 29-67, 31.

²² Cfr. *Ibid.*, 33 y 42.

²³ La distinción es muy importante, especialmente para los autores que consideran que el embrión *in vitro* es una persona humana.

²⁴ Cfr. Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 15.

Ahora bien, el concepto de «filiación *post mortem*» (FPM) es bien distinto a todos los anteriores. Este no se refiere al acto médico, sino a la posibilidad de que un niño sea reconocido jurídicamente como hijo de una persona que falleció antes de su concepción²⁵. La distinción es fundamental, dado que el legislador podría regular ambas cuestiones de manera diferente.

Por otra parte, en la legislación de algunos países no se emplea ninguno de los vocablos mencionados. Es el caso de España, cuya Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), contempla en el art. 9 la «premorienca del marido». Esta rúbrica ha sido criticada, dado que excluye un supuesto que el mismo precepto prevé —muerte del varón no unido por vínculo matrimonial—, además de que «premorienca» es un término propio del derecho sucesorio²⁶.

Una aclaración importante es que los especialistas en derecho de las familias también utilizan la expresión «filiación *post mortem*» en referencia a las acciones de filiación iniciadas con posterioridad a la muerte de un presunto progenitor y al reconocimiento de un presunto hijo fallecido. Dejo constancia de que me apartaré de esta acepción.

Así las cosas, emplearé las locuciones «técnica(s) de reproducción humana asistida *post mortem*» (TRHA *post mortem*) y «reproducción *post mortem*» en referencia amplia al acto médico en sí, salvo cuando la precisión exija alguno de los demás conceptos.

Finalmente y más allá de la aplicabilidad *post mortem*, emplearé en sentido general las expresiones «técnica(s) de reproducción humana asistida» y «reproducción asistida», porque es la terminología escogida por el legislador argentino —y también por el español— y porque goza de suficiente tradición en la lengua castellana. Como contrapartida y dado que el derecho es «... la forma por excelencia del poder simbólico de nominación...»²⁷, dejaré de lado otras voces a todas luces peyorativas, como «procreación artificial».

²⁵ En la FIVTE, el término «concepción» es sinónimo de «implantación». Sobre este punto, me remito al capítulo 3.4.

²⁶ Cfr. Francisco LLEDÓ YAGÜE, «Artículo 9. Premorienca del marido. Comentario jurídico», en OCHOA (dir. científ.) y LLEDÓ YAGÜE (dir. jco.), cit., 126-155, 126.

²⁷ Pierre BOURDIEU, «Elementos para una sociología del campo jurídico», en *idem* y Gunther TEUBNER, *La fuerza del derecho*, estudio preliminar y trad. de Carlos Morales de Setién Ravina, Siglo del Hombre Editores - Ediciones Uniandes - Instituto Pensar, Bogotá, 2000, 153-220, 198.

1.3. EL IMPACTO JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La alianza entre las tecnologías reproductivas y los nuevos modelos familiares ha impactado en los sistemas jurídicos desde diversos ángulos. Una de las secuelas más palpables es la insuficiencia de las categorías tradicionales de la filiación para resolver los efectos de un acto procreativo asistido. Como explica Rodotà, «el enriquecimiento de las técnicas disponibles ha dejado a las claras que muchas normas escritas cuando el proceso procreativo obedecía solo a leyes “naturales” son ahora inadecuadas»²⁸.

Lo expuesto es evidente en las TRHA heterólogas, porque se generan interrogantes sobre el futuro rol del donante en relación con el nacido. La misma reflexión aplica a la gestación por sustitución, que complejiza aun más el proceso reproductivo. En verdad, el carácter colaborativo de la reproducción humana implica un «repensar» de la maternidad y de la paternidad y, por consiguiente, de la filiación.

Históricamente, la filiación ha sido el correlato jurídico de los vínculos genético y biológico entre progenitores e hijos. Si bien esto sigue siendo así en la filiación biológica o por naturaleza, en las últimas décadas el derecho se ha abierto al elemento volitivo como fuente de la relación filial. Sin lugar a dudas, el primer hito en la materia fue la recepción jurídica de la adopción, dado que el vínculo entre el adoptado y los adoptantes gira en torno a la voluntad parental de estos últimos reconocida judicialmente.

Por su parte, en la reproducción asistida se presentan tres criterios perfectamente diferenciados, que a su vez dan lugar a la verdad genética (el aporte de los gametos), a la verdad biológica (la relación sexual y la gestación durante nueve meses) y a la verdad voluntaria (la voluntad procreacional)²⁹. Lógicamente, el juego entre estas tres verdades depende del proyecto parental de que se trate.

Las legislaciones del mundo se han embarcado en una reestructuración de los sistemas de filiación a los fines de encauzar jurídicamente la situación de las familias que acuden a las

²⁸ Stefano RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, trad. de José Manuel Revuelta, Trotta, Madrid, 2014, 87.

²⁹ Cfr. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.*, «Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida», *Revista Derecho Privado* 1 (2012) 3-45, 20 [Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Argentina].

TRHA. En líneas generales, se tiende a la admisión de la voluntad procreacional como fuente de la filiación.

En relación con las TRHA *post mortem*, su práctica genera la pregunta acerca de si el nacido puede o no ser inscripto como hijo del difunto. También aquí la voluntad es el elemento central, lo que explica la usual exigencia de un consentimiento expreso previamente otorgado por la persona fallecida. Sin embargo, en muchas oportunidades no media tal consentimiento, pero sí existen indicios objetivos del deseo de procrear del fallecido. Surge entonces la disyuntiva acerca de si es o no posible considerar el consentimiento presunto, tal como profundizaré en el capítulo tercero de este trabajo.

Si bien las soluciones concretas son siempre debatibles, la sociedad democrática actual reclama la aceptación de la siguiente premisa: las tecnologías reproductivas deben ser reguladas, so pena de convalidar los estragos sociales que provoca la «desregulación». Aprovecharé las líneas sucesivas para argumentar sobre el rol de la ciencia jurídica ante el desarrollo biotecnológico.

La técnica aplicada a la procreación humana constituye desde hace cuatro décadas uno de los capítulos más candentes de la bioética. Sus implicaciones éticas, jurídicas y sociales generan perspectivas diversas y hasta contrapuestas. Como punto de partida, en un mundo en el que el pluralismo moral es un hecho, « [la libertad] es la nueva moralidad como regla suprema de cualquier otro deber jurídico, ético o moral»³⁰.

Sin embargo, debe evitarse una falsa idea de libertad que la presuponga cuando en verdad no existe. Esta es una tentación muy frecuente en la bioética, dadas las tensiones entre la autonomía individual y el orden público. He aquí el rol de la ciencia jurídica, que debe construir las condiciones necesarias para que las personas ejerzan sus derechos en el marco de una autonomía real y efectiva³¹. En efecto, «... la renuncia a todo vínculo con la dimensión del derecho puede debilitar el propio poder individual frente a obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio»³².

³⁰ Ramón VALLS, «Ética para la Bioética», en CASADO (ed.), cit., 15-30, 29.

³¹ Esta es una de las ideas centrales de Stefano RODOTÀ, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2010, 36 ss.

³² *Ibid.*, 39.

Dicho de otro modo, el respeto de la autonomía no debe derivar en la exclusión de la norma jurídica, sino en su presencia cuando sea oportuno y necesario. Es por ello que cuando las biotecnologías se socializan, el silencio legal o la prohibición se traducen en una desprotección manifiesta. Así, la «desregulación» no implica una menor cantidad de reglas jurídicas, sino más bien una menor cantidad de reglas públicas, que son sustituidas por reglas privadas (a veces mucho más invasivas y detalladas que las otras)³³.

Ante este fenómeno, la globalización se ha expresado a través de un creciente «turismo reproductivo», que atrae a quienes pueden costear el ejercicio transfronterizo de los derechos que son negados en el país de origen. Consecuentemente, la capacidad económica se convierte en un elemento determinante y la brecha social se hace presente.

Hoy en día, el fenómeno se promueve incluso en instancias internacionales³⁴. Un ejemplo es la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o, según sus siglas en inglés, ECHR) en el caso «S.H.». En aquella oportunidad, el TEDH consideró que la prohibición austríaca de la donación de gametos forma parte del margen de apreciación nacional y, de resultas, no vulnera la Convención Europea de Derechos Humanos. Desde una mirada crítica, Farnós Amorós sostiene que los jueces de Estrasburgo han adoptado la perspectiva de quienes conciben el «turismo reproductivo» como una «válvula de seguridad moral», a partir de la siguiente afirmación: «La ley austríaca no prohíbe ir al extranjero en busca de tratamiento contra la infertilidad que comprenda técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria»³⁵.

Afortunadamente, en el ámbito interamericano el abordaje de este fenómeno es diferente. Así, en el *leading case* «Artavia Murillo», la Corte IDH interpretó que la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica impactó desproporcionadamente en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la técnica en el extranjero, y ello configuró una discriminación indirecta en relación con la situación económica³⁶. De los

³³ Cfr. *Ibid.*, 37.

³⁴ Cfr. Manuela NALDINI y Joëlle LONG, «Geographies of Families in the European Union: A Legal and Social Policy Analysis», *International Journal of Law, Policy and the Family* 31 (2017) 94-113, 104.

³⁵ Cfr. *S.H. and Others v. Austria*, §114, No. 57813/00, ECHR 2011-V, cit. por Esther FARNÓS AMORÓS, «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*», *Revista de Bioética y Derecho* 36 (2016) 93-111, 99.

³⁶ Cfr. Corte IDH, *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 nro. 257, párr.

nueve matrimonios que accedieron al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), cinco de ellos no se desplazaron a otro país por falta de recursos económicos³⁷. En atención a la otra cara de la moneda, la Corte IDH condenó a Costa Rica a indemnizar en concepto de daño material a los matrimonios que sí viajaron³⁸.

En suma, en esta materia es necesario adoptar soluciones legislativas que eviten los efectos negativos de la privatización de las normas.

1.4. LAS CRÍTICAS A LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM*

La admisión de la reproducción asistida es discutida en los planos social, político y académico. Mientras algunos defienden férreamente su uso, otros sectores que incluso suelen estar en contraposición ideológica lo han reprobado de manera absoluta³⁹. La discusión bioética en torno a las tecnologías reproductivas excede con creces el marco de esta investigación, y es por ello que solo resumiré las críticas dirigidas a la fecundación *post mortem*, y aprovecharé también para opinar al respecto.

Fundamentalmente, las objeciones a la fecundación *post mortem* se sintetizan en la idea de que esta supondría una suerte de orfandad planeada, lo que afectaría el desarrollo psicológico y el interés superior de los niños. Así, por ejemplo, Sambrizzi entiende que la procreación *post mortem* implica generar «huérfanos por encargo», porque se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado y se lo priva premeditadamente de la vivencia del vínculo

303 (El 3 de febrero de 1995 el Ministerio de Salud de Costa Rica dictó el Decreto Ejecutivo nro. 24029-S, mediante el que reguló las TRHA. El 15 de marzo de 2000 la Sala Constitucional de la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de los artículos referidos a la FIVTE. El máximo tribunal costarricense entendió que tal técnica vulneraba el derecho a la vida de los embriones en los términos del art. 4.1 de la CADH, que protege el derecho a la vida desde la concepción. Ante esto, dieciocho personas —nueve matrimonios heterosexuales— accedieron al SIDH. Finalmente, la Corte IDH declaró que Costa Rica vulneró los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la CADH).

³⁷ Cfr. *Ibid.*

³⁸ Cfr. *Ibid.*, párr. 355.

³⁹ Aunque con argumentos diferentes, algunas corrientes feministas coinciden con la Iglesia católica en la desaprobación de las TRHA. Una sistematización de las posturas feministas la realiza Francesca PUIGPELAT MARTÍ, «Feminismo y las técnicas de reproducción asistida», *Revista Aldaba* 32 (2004) 63-80. La postura de la Iglesia católica está expresada en CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, «Instrucción *Donum vite* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación», AAS 80 (1988) 70-102; *idem*, «Instrucción *Dignitas personae* sobre algunas cuestiones de bioética», AAS 100:12 (2008) 858-887.

paterno⁴⁰. En líneas generales, este es el argumento que también se esgrime en el debate público⁴¹.

Cabe apuntar que muchos de los autores que comparten esta tesis defienden a la vez la personalidad moral y jurídica de los embriones *in vitro*. Es por eso que la desaprobación se restringe a la fecundación *post mortem* en sentido estricto, y la situación es distinta cuando los embriones se generaron antes del fallecimiento⁴². La coherencia aplicada a este razonamiento indica que, si hay uno o varios embriones crioconservados a la fecha de la muerte, habría que procurar su implantación y garantizar su desarrollo, porque el caso sería equivalente a la muerte sobreviniente del varón durante el curso de un embarazo.

Ahora bien, las críticas trascienden la fecundación *post mortem*, dado que subyace una concepción hermética de la familia, que se estructuraría sobre el principio binario de padre y madre. Incluso se considera que la matrimonialidad de la pareja es un requisito *sine qua non* para satisfacer el interés superior del niño. En esta sintonía, Corral Talciani afirmó hace varios años que «... no se tienen en cuenta los intereses del niño y, además, se menoscaba la protección debida a la familia, si se autoriza el uso de estas prácticas [las TRHA] a parejas extramatrimoniales, por mucha estabilidad que pueda atribuírseles»⁴³.

Si bien esta postura puede o no compartirse, lo cierto es que su recepción implicaría no solo la ilegalización de la fecundación *post mortem*, sino de todas las estructuras familiares que no se ajustan al esquema propuesto —p.ej., las familias homoparentales⁴⁴—.

Del argumento referido a la «privación premeditada de la vivencia del vínculo paterno» se deduce que la monoparentalidad sería siempre una circunstancia accidental. Se considera que la familia monoparental es, necesariamente, la consecuencia de circunstancias disvaliosas, tales como el rechazo de padres o de madres biológicas a la integración familiar, la violencia

⁴⁰ Cfr. Eduardo SAMBRIZZI, «El relativismo moral y el derecho de familia», LL 2013-C-725, apartado 11.

⁴¹ Sobre el tratamiento mediático en Argentina, véase Agustina PÉREZ, «Fertilización *post mortem*: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país», JA 2014-I-1484.

⁴² Cfr. Eduardo SAMBRIZZI, «La fecundación *post mortem*», en Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, 1ª ed., El Derecho, Buenos Aires, 2012, 325-332, 325.

⁴³ Hernán CORRAL TALCIANI, «Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial», *Revista Chilena de Derecho* 19 (1992) 439-460, 454.

⁴⁴ En Argentina, el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal desde la sanción de la Ley 26.618 (2010).

que obliga a uno de los progenitores a huir con sus hijos, o la muerte o el abandono de la familia por uno de los padres⁴⁵.

Ciertamente, en muchas ocasiones la monoparentalidad responde a hechos no deseados, con la consiguiente vulnerabilidad socio-económica. Sin embargo, de ello no se sigue que una familia de este tipo no pueda cumplir la función que le es propia. En sentido inverso, tampoco está garantizado que esa función sí pueda ser satisfecha por una familia constituida por un padre y una madre. En este orden de ideas, la Corte IDH afirmó que «... no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños»⁴⁶. Esto fundamenta que la monoparentalidad no solo pueda ser derivada, sino también originaria. Así, el número de «madres solas por elección» —y también de «padres solos por elección»— es creciente en la sociedad occidental, y esto se debe a diversos fenómenos, entre los que se destaca el cambio en la cosmovisión sobre la familia que data de finales de la década del sesenta⁴⁷.

La familia monoparental originaria es consecuencia del acceso unilateral a la adopción o a la reproducción asistida. Así, por ejemplo, en Argentina la primera posibilidad emana del art. 599 del CCCN, según el cual «el niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona». Por su parte, la segunda posibilidad surge de la Ley 26.862 (2013), que garantiza el acceso integral a la reproducción asistida a «... toda persona mayor de edad que [...] haya prestado su consentimiento informado» (art. 7).

En este contexto se ubica la reproducción *post mortem*. Sin embargo, se distingue de otros casos de monoparentalidad, dado que si bien el niño no tendrá un padre vivo al nacer, ello no significa que carecerá totalmente de padre: podrá saber de él, averiguar cómo era, y los otros

⁴⁵ Cfr. FRANCISCO, «Exhortación apostólica post sinodal *Amoris laetitia* sobre el amor en la familia», § 252, AAS 108:4 (2016) 311-446.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C nro. 242, párr. 98.

⁴⁷ Cfr. Manuela AVILÉS HERNÁNDEZ y Arancha SÁNCHEZ MANZANARES, «¡Quiero ser madre! Las técnicas de reproducción humana asistida como vía de acceso a la maternidad en solitario», *Cuestiones de Género: de la Igualdad y la Diferencia* 10 (2015) 258-282, 260 y 262.

familiares impiden que quede desprotegido⁴⁸. A la vez, la singularidad es mayor si se admite el vínculo filial.

En resumen, detrás de la consideración bioética sobre la aplicabilidad *post mortem* de las TRHA subyace un debate sobre qué es la familia. Si se considera que esta es una manifestación de la naturaleza, su carácter inmutable descartará la admisibilidad de la reproducción *post mortem*⁴⁹. Por el contrario, si se considera que es un producto cultural, su carácter evolutivo dará luz verde a las familias monoparentales constituidas a través de este tipo de técnicas.

Por lo pronto, el apoyo de las sociedades occidentales a las familias originariamente monoparentales es contundente. En países como Argentina, esta aceptación social ya cuenta con el debido respaldo legal. En América Latina, la contención es convencional, de manera que no es jurídicamente viable la prohibición de las estructuras familiares en las que inicialmente falta el vínculo paterno o materno.

1.5. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM* EN EL DERECHO COMPARADO

Desde la perspectiva global, la medicina reproductiva es eje de una verdadera heterogeneidad normativa, y esto se debe a la falta de consenso sobre los tópicos bioéticos. Sin embargo, la comunidad internacional asiste a un proceso de globalización jurídica que necesariamente influye en las legislaciones estatales sobre reproducción asistida. En las líneas siguientes reseñaré los aspectos destacables de la internacionalización, y luego analizaré en clave comparada las TRHA *post mortem*.

Por empezar, los tratados internacionales de derechos humanos «generales» son aplicables a los conflictos que suscitan las TRHA, especialmente las disposiciones sobre el derecho a la

⁴⁸ Cfr. Mónica NAVARRO-MICHEL, «Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos», en María CASADO y Albert ROYES (coords.), *Sobre bioética y género*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2012, 155-179, 173.

⁴⁹ Me refiero a la concepción iusnaturalista de familia, dado el debate que genera el concepto de «naturaleza». Así, por ejemplo, desde el utilitarismo se argumenta que lo que distingue a los seres humanos es su capacidad de usar el ingenio para superar impedimentos. Según esta tesis, el nacimiento de Louise J. Brown fue acorde a la naturaleza humana, incluso mucho más que cualquier otro nacimiento anterior derivado de los medios compartidos con los «animales no humanos». Cfr. Peter SINGER, «New Assisted Reproductive Technology», en *idem* y Helga KUHSE (eds.), *Bioethics: An Anthology*, rep., Blackwell, Oxford, 2000, 99-102, 100.

privacidad, la protección de la familia, el derecho a fundar una familia y el derecho a la vida⁵⁰. Esto es fácilmente verificable con solo atender a la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos reproductivos⁵¹.

Por otro lado, también está en marcha un proceso de internacionalización de la bioética, impulsado por el *soft law* de las dos últimas décadas: Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997); Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003); Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005)⁵². Por su parte, el Consejo de Europa avanzó un poco más a partir del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (1997), que es de carácter vinculante.

La internacionalización de la bioética también se desarrolla indirectamente como consecuencia de la integración económica. Así, por ejemplo, la regulación del mercado común en el marco de la Unión Europea incluye a veces aspectos éticos, como ocurre en materia de patentes, de ensayos clínicos, de comercialización de medicamentos y de adquisición de tejidos humanos, entre otros temas⁵³. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronunció sobre la patentabilidad de embriones humanos⁵⁴.

Finalmente, en la misión de armonizar las tecnologías procreativas es fundamental el rol de algunas asociaciones internacionales, cuya labor es un faro que ilumina tanto la tarea legislativa como la práctica clínica. En particular, se destacan la European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) y la American Society for Reproductive Medicine

⁵⁰ Cfr. Pamela J. STEPHENS, «The Right to Reproduce and International Law», en Carlo CASONATO (ed.), *Life, Technology and Law. Second Forum for Transnational and Comparative Legal Dialogue*, CEDAM, Padova, 2007, 97-113, 98.

⁵¹ La categoría «derechos reproductivos» surgió en el marco de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y de la Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995).

⁵² Cfr. Roberto ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, 61 ss.

⁵³ Cfr. Noëlle LENOIR, «Biotechnology, Bioethics and Law: Europe's 21st Century Challenge», *The Modern Law Review* 69:1 (2006) 1-6, 3 ss.

⁵⁴ Véase TJUE, Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV., C-34/10, Rec. p. I-09821 (el Bundesgerichtshof alemán elevó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 6.2.c de la Directiva 98/44/CE, que excluye la patentabilidad de las utilidades de embriones humanos con fines industriales o comerciales. En su sentencia, el TJUE definió «embrión humano» y puntualizó el alcance de la exclusión de la patentabilidad prevista en la normativa europea).

(ASRM). La primera se manifestó sobre la reproducción *post mortem* en 2006⁵⁵, mientras que la segunda en 2013⁵⁶.

Ahora bien, todo este *corpus* responde más al modelo de los principios que al de las reglas, porque los derechos y su interpretación jurisprudencial son enunciados que no establecen reglas jurídicas precisas, sino que solo delimitan los márgenes de actuación de los Estados⁵⁷. Esto explica la disparidad normativa en torno a la aplicabilidad *post mortem* de las TRHA⁵⁸, que es una conducta merecedora de una regla jurídica local, aunque respetuosa de los principios supranacionales.

En líneas generales y ante las TRHA *post mortem*, los países —o estados, provincias y/o comunidades autónomas— pueden agruparse según las siguientes dos opciones legislativas:

- a. Prohibición y/o desregulación: Francia, Alemania, Italia, Suecia, Noruega, Canadá, Estados Unidos, Japón, Argentina, entre otros.
- b. Regulación: Reino Unido, España, Cataluña, Victoria (Australia), Columbia Británica (Canadá), Nueva Zelanda, Grecia, Portugal, Bélgica, Israel, entre otros.

A continuación, comentaré las legislaciones británica y española, que son la expresión de un bagaje científico y legal construido durante las últimas cuatro décadas. Ambas son consideradas «las más liberales del mundo», y probablemente la regulación de la reproducción *post mortem* coadyuve a aquella calificación. Finalmente, glosaré el derecho vigente en Cataluña, que es una de las comunidades autónomas españolas pioneras en este tema.

1.5.1. Reino Unido

En 1978 nació en Oldham (Inglaterra) la primera persona concebida *in vitro*, y desde aquel entonces se asumió la necesidad de regular las tecnologías reproductivas. Esta determinación

⁵⁵ Véase Guido PENNINGS *et al.*, «ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction», *Human Reproduction* 21:12 (2006) 3050–3053.

⁵⁶ Véase ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, «Posthumous collection and use of reproductive tissue: a committee opinion», *Fertility and Sterility* 99:7 (2013) 1842-1845.

⁵⁷ Cfr. Miguel Ángel PRESNO LINERA, *El Derecho Europeo de Familia*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2008, 135 (el autor se refiere al sistema europeo de garantía de derechos en relación con la familia, pero considero que es posible «extender» su reflexión).

⁵⁸ Coincide con esta afirmación Agustina PÉREZ, «Fertilización *post mortem* como un tercer tipo filial. Recorrido de una investigación exploratoria», *En Letra* 3 (2015) 218-242, 229.

se enrola en el intenso movimiento legislativo que el Reino Unido experimenta desde hace un siglo, en virtud del cual la ley en tanto fuente de derecho ha abandonado su histórica función secundaria respecto del *case law* y las «leyes con vocación dirigista» se han multiplicado⁵⁹.

En julio de 1982 se constituyó el Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, dedicado al estudio de las repercusiones éticas, legales y sociales de la reproducción humana asistida⁶⁰. Los resultados se plasmaron en un informe presentado el 26 de junio de 1984 por la filósofa Mary Warnock, quien presidió el Committee⁶¹. La reproducción y la filiación *post mortem* se abordaron en dos capítulos diferentes, que glosaré a continuación.

En primer término, el capítulo cuatro está dedicado a la inseminación artificial, y se distingue según se emplee semen del marido o de un donante. Sobre la primera posibilidad, el Committee entendió que configura un tratamiento aceptable que no merece objeciones morales⁶², pese a las críticas referidas a la ruptura del proceso natural de la procreación y a la disociación del carácter unitivo y procreativo del acto conyugal⁶³. Sin embargo, la admisión moral se sujetó a que los integrantes de la pareja estuviesen vivos al momento de su realización, dado que la aplicabilidad *post mortem* podría provocar profundos problemas psicológicos tanto para el niño como para la madre⁶⁴.

La segunda referencia está en el capítulo diez, dedicado a la congelación y al almacenamiento de semen, de óvulos y de embriones humanos. El Committee sostuvo que la utilización de semen congelado del marido fallecido no debe ser promovida, y recomendó que la futura legislación prevea que el niño que no esté *in utero* a la fecha de la muerte del padre no sea tenido en cuenta a los efectos sucesorios⁶⁵.

⁵⁹ Cfr. René DAVID y Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, ed., trad. y notas de Jorge Sánchez Cordero, 11ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2010, 255 y 271.

⁶⁰ Participaron dieciséis expertos provenientes de las cuatro naciones constitutivas del Reino Unido.

⁶¹ Véase Mary WARNOCK (*chairman*), *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, rep., Her Majesty's Stationery Office, London, 1988 (en el mundo hispanohablante se lo conoce como «Informe Warnock»).

⁶² Cfr. *Ibid.*, 18.

⁶³ Esta tesis ya había sido defendida por PABLO VI, «Carta encíclica *Humanae vitae* sobre la regulación de la natalidad», § 12, AAS 60 (1968) 488-494.

⁶⁴ Cfr. WARNOCK, cit., 18.

⁶⁵ Cfr. *Ibid.*, 55.

Seis años después de la presentación del Informe Warnock, el Parlamento británico adoptó la Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFEA 1990)⁶⁶. La norma permitió la reproducción *post mortem* (a través de la utilización de espermatozoides del fallecido y/o de la transferencia de embriones creados con anterioridad a la muerte), pero prohibió considerar jurídicamente «padre» al titular del material genético⁶⁷. Esta previsión fue conforme a las sugerencias del Committee, dirigidas a desalentar la práctica⁶⁸.

La HFEA 1990 fue modificada por la Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003. Concretamente, se incluyó la posibilidad de inscribir como padre del niño al fallecido cuyo material genético se utilizó en el proceso reproductivo, siempre que hubiese consentido por escrito tanto la técnica como la inscripción *post mortem* (doble consentimiento). La finalidad legislativa fue otorgar un «reconocimiento simbólico» a los niños nacidos en estas circunstancias⁶⁹, sin atribuirles los derechos civiles derivados del estado de hijo.

A partir de esta reforma, la madre puede realizar la inscripción dentro de los cuarenta y dos días posteriores al nacimiento del niño (período que se reduce a veintiuno en Escocia)⁷⁰. Es llamativo el carácter opcional de tal inscripción, dado que la determinación de la filiación es una cuestión de orden público e indisponible por los particulares⁷¹.

La enmienda de 2003 también incorporó una hipótesis novedosa: la FPM derivada de TRHA heterólogas. En efecto, se admitió que el fallecido pueda ser inscrito como padre del niño si

⁶⁶ El aporte principal de la ley fue la creación de la Human Fertilisation and Embryology Authority, cuya función principal en la actualidad es el otorgamiento de licencias para el desarrollo de las actividades reguladas en la ley. Cfr. Graeme T. LAURIE *et al.*, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 10th ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, 271.

⁶⁷ La s. 28(6) de la HFEA 1990 establece lo siguiente: «*Where (a) the sperm of a man who had given such consent as is required by paragraph 5 of Schedule 3 to this Act was used for a purpose for which such consent was required, or (b) the sperm of a man, or any embryo the creation of which was brought about with his sperm, was used after his death, he is not [subject to subsections (5A) and (5B) above] to be treated as the father of the child*».

⁶⁸ Cfr. Robert L. STENGER, «The Law and Assisted Reproduction in the United Kingdom and United States», *Journal of Law and Health* 9 (1994) 135-161, 155.

⁶⁹ Cfr. Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003, *background*.

⁷⁰ Sin embargo, la autoridad administrativa podría extender el plazo si existen razones que así lo justifican. Cfr. LAURIE *et al.*, *cit.*, 276.

⁷¹ Cfr. Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial *Post Mortem*», *Oñati Socio-Legal Series* 7:1 (2017) 179-204, 196.

antes de morir consintió la transferencia de un embrión creado con esperma donado y la correspondiente inscripción civil⁷².

Todo este entramado normativo se plasmó en la nueva Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (HFEA 2008)⁷³. A la vez, la flamante norma legalizó un nuevo escenario: la posibilidad de inscribir como progenitora legal a la *civil partner* o a la cónyuge de la mujer sobreviviente⁷⁴, si es que otorgó el doble consentimiento ya señalado⁷⁵.

Finalmente, destaco la contundencia británica en torno a la necesidad del consentimiento expreso del difunto. De hecho, esto motivó el famoso caso Blood, que en la década de 1990 sorprendió al mundo entero⁷⁶. Mientras su marido estaba en un coma, Diane Blood solicitó a los médicos que le extrajeran semen. Acaecida la muerte, la viuda demandó en sede judicial que se permitiera la inseminación. Con fundamento en la libertad de servicios vigente en la Unión Europea, en febrero de 1997 la Court of Appeal (CA) autorizó la «exportación» del material genético a Bélgica, donde finalmente se practicó la técnica⁷⁷.

1.5.2. España

España fue el primer país del mundo en regular conjuntamente la IA y la FIVTE. En verdad, las primeras leyes de reproducción asistida rigieron en Suecia y en algunos estados de Australia, pero estas normas solo se refirieron a las técnicas intracorpóreas⁷⁸.

En noviembre de 1984 se creó la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “In Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas, que elaboró un informe aprobado por el Congreso de

⁷² En términos de filiación, las legislaciones suelen exigir la concurrencia de los elementos volitivo y genético. Sobre las razones de esta determinación, me remito al capítulo 3.3.4.

⁷³ Véase las s. 39, 40 y 46 de la HFEA 2008.

⁷⁴ Originariamente, la ley se refería solo a la *civil partnership*. En 2014 se agregó la palabra *marriage*, en razón de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Reino Unido (a excepción de Irlanda del Norte). En Inglaterra y en Gales rige la Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, mientras que en Escocia la Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014.

⁷⁵ Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Reproducción...*, cit., 20.

⁷⁶ Véase *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex p Blood* [1997] 2 All ER 687, CA.

⁷⁷ Los hermanos Liam y Joel Blood ya son dos adolescentes. Véase Victoria LAMBERT, «Exclusive: Diane Blood on family life 20 years after she won the right to use her dead husband's sperm», *The Telegraph*, 10-II-2017, disponible en <https://www.telegraph.co.uk/women/family/exclusive-diane-blood-family-life-20-years-won-right-use-dead/> (última visita el 1-II-2018).

⁷⁸ Cfr. Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, «Artículo 9. Premoriencia del marido», en José Antonio COBACHO GÓMEZ (dir.) y Juan José INIESTA DELGADO (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 305-352, 311.

los Diputados el 10 abril de 1986⁷⁹. En relación con la reproducción y la filiación *post mortem*, en el denominado «Informe Palacios» —en honor al presidente de la Comisión— se recomendó permitir la utilización *post mortem* de gametos y/o de embriones, pero sin que el nacido sea tenido en cuenta en la sucesión del fallecido⁸⁰.

Dos años después se aprobó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA). A diferencia de lo que ocurrió en el Reino Unido, el legislador español se apartó del Informe Palacios, y admitió no solo la reproducción *post mortem*, sino también la filiación y los derechos civiles que de ella se derivan (art. 9). Así, España se convirtió en el primer país del globo en acoger la fecundación *post mortem* de forma incondicionada y con efectos sobre la filiación⁸¹.

Sin embargo, la polémica no se hizo esperar y el Grupo Parlamentario Popular impugnó la LTRA ante el Tribunal Constitucional (TC), tanto en su totalidad como en preceptos concretos (entre ellos, el art. 6 que permitía el acceso de la mujer sola⁸² y también el art. 9). Luego de trece años, el TC desestimó el recurso e interpretó que la familia no está limitada a aquella que se funda en el matrimonio, sino que existen también otros modelos familiares propios de una sociedad plural⁸³. Los jueces descartaron «... que la Ley impugnada comporte una quiebra del concepto constitucional de familia»⁸⁴.

En 2006 la LTRA fue sustituida por la actual LTRHA. La FPM se mantuvo en el art. 9 y su contenido se corresponde en lo sustancial con el de la norma anterior, pese a algunas modificaciones⁸⁵. Así, el precepto se refiere a la «premorienza del marido», y esta rúbrica da cuenta de que solo comprende proyectos heteroparentales y matrimoniales en cuya vigencia fallece el marido, aunque también incluye al «varón no unido por vínculo matrimonial». Por el contrario, el hombre no podría continuar el proceso reproductivo si

⁷⁹ Véase Marcelo PALACIOS, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “In Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas*, Congreso de los Diputados - Secretaría General, Madrid, 1986.

⁸⁰ Cfr. *Ibid.*, 198 (recomendaciones 11, 12 y 13).

⁸¹ Cfr. Itziar ALKORTA IDIAKEZ, *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2003, 364.

⁸² Cfr. NAVARRO-MICHEL, cit., 168.

⁸³ Cfr. STC 166/1999, de 17 de junio, FJ 13.

⁸⁴ *Ibid.*, FJ 14.

⁸⁵ Las modificaciones fueron las siguientes: a. se amplió el plazo para practicar la técnica de seis a doce meses; b. se incorporaron nuevas formas de consentimiento; c. se incluyó el consentimiento presunto; d. se reubicó el enunciado sobre revocación del consentimiento. Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 307.

fallece la mujer, lo que es coherente con la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución (art. 10, LTRHA). En el caso de dos mujeres, poca relevancia tiene el art. 9⁸⁶.

La regulación española se resume en los siguientes puntos:

- a. Como regla general, no hay vínculo filial entre el nacido y el fallecido si a la fecha de la muerte el primero no se encontraba *in utero*;
- b. Como excepción, hay vínculo filial si el varón prestó el consentimiento correspondiente y si la técnica se realiza dentro de los doce meses posteriores al fallecimiento;
- c. El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento;
- d. El consentimiento se presume si a la fecha de la muerte existen preembriones crioconservados⁸⁷.

El último punto enumerado fue una de las novedades de la LTRHA. Para algunos autores, el legislador pretende tutelar a los preembriones, en los que ya «hay» un interés digno de proteger, que consiste en posibilitar el desarrollo de esa vida⁸⁸. Para otros, «... no hay razón para excluir el uso de esperma por la viuda, si ya ha sido extraído»⁸⁹. Esta última opinión es conforme a la tesis según la cual la norma pretende permitirle a la mujer sobreviviente culminar un proyecto de vida compartido ante la no oposición o prohibición expresa del fallecido⁹⁰.

Pese a la flexibilización del consentimiento en estos casos, subsisten las solicitudes de mujeres que desean inseminarse sin el consentimiento del difunto. Sin embargo, la tendencia

⁸⁶ Cfr. Juan José INIESTA DELGADO, «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS (coords.), *Tratado de Derecho de la Familia*, 1ª ed., Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2011, V, 735-860, 843.

⁸⁷ El art. 1.2 de la LTRHA define «preembrión» de la siguiente manera: «A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde».

⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Reproducción...*, cit., 86.

⁸⁹ NAVARRO-MICHEL, cit., 173.

⁹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 331.

jurisprudencial española, forjada especialmente a través de las sentencias de las audiencias provinciales, es contraria a admitir tales requerimientos⁹¹.

Por último, es relevante el debate sobre el alcance del art. 9, que se remonta a la LTRA y que la LTRHA no despejó⁹². Concretamente, no está claro si la norma incide solo en la filiación o también en la admisibilidad de la técnica. Las consecuencias prácticas son evidentes, porque la disociación de ambos aspectos permitiría practicar una TRHA *post mortem* pese al incumplimiento de los requisitos del art. 9, y el único efecto de ello sería la ausencia de vínculo filial. Jurisprudencialmente se entendió que esta exégesis conllevaría situaciones paradójicas⁹³. Sin embargo, las posturas son divergentes: en comentario a la sentencia citada precedentemente, un catedrático opinó que una cosa es la utilización del semen del premuerto, que debería regularse de manera permisiva, y otra es que esa inseminación produzca efectos civiles⁹⁴.

1.5.3. Cataluña

Cataluña es una de las comunidades autónomas españolas con más desarrollo en medicina reproductiva, al punto de que concentra el mayor porcentaje anual de ciclos de reproducción asistida de España⁹⁵. Ello explica que el interés de la Generalidad de Cataluña en la materia se remonte a 1986⁹⁶.

⁹¹ En este sentido, SAP de Valencia de 23 de diciembre de 2003, SAP de La Coruña de 3 de noviembre de 2000 y SAP de Barcelona de 16 de septiembre de 2004, cit. por María del Rosario DÍAZ ROMERO, «Técnicas de reproducción asistida y filiación», en Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coord.), *Derecho de Familia*, 1ª ed., Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2012, 1665-1714, 1690.

⁹² Este debate es reseñado por FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 319.

⁹³ Cfr. SAP de La Coruña de 3 de noviembre de 2000, FJ 5: «El argumento del Juez llevaría a situaciones paradójicas como las relativas a que pese a la constancia de que biológicamente se diera a luz a un hijo con el material genético del cónyuge fallecido, y así resulta expresamente de la resolución judicial apelada que autoriza la inseminación, sin embargo no sería legalmente su hijo, los hijos que tuviera su progenitor biológico de otra relación no serían legalmente sus hermanos, podría contraer matrimonio con éstos, carecería de derechos hereditarios, conocería quién es su padre biológico, y así se deduciría de una resolución judicial, y sin embargo no podría utilizar sus apellidos entre otras situaciones semejantes».

⁹⁴ Cfr. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Reproducción asistida *post mortem*», *Aranzadi Civil 2* (2001) 2165-2167, 2167.

⁹⁵ En 2015, la mayor cantidad de ciclos de reproducción asistida de España se realizó en Cataluña (el 22,8% de ciclos de fecundación *in vitro* y el 21,4% de ciclos de inseminación artificial). Cfr. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Informe estadístico de técnicas de reproducción asistida 2015», disponible en http://www.cnrha.msssi.gob.es/registros/pdf/Informe_Global_Registro_actividad_2015.pdf (última visita el 10-III-2018).

⁹⁶ En 1986 se creó la Comisión Asesora sobre Técnicas de Reproducción Asistida, a través del Decreto 119/1986, de 17 de abril y de la Orden de 25 de mayo de 1992. Un lustro después (y también un lustro antes de que se dictara el Reglamento homólogo del Estado) se dictó el Decreto 123/1991, de 21 de mayo, sobre

Por aplicación de la disposición final primera y del art. 7.1 de la LTRHA, las comunidades autónomas con derecho civil propio son competentes para regular la filiación derivada de las TRHA, y es por eso que los arts. 7 a 10 de aquella norma son susceptibles de regulación autonómica⁹⁷. Así, Cataluña fue la primera en legislar sobre la filiación en casos de TRHA, a partir de la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, cuyo contenido se incorporó luego a la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia⁹⁸.

Ya en aquellas instancias se reguló la FPM⁹⁹, y la capacidad previsor del legislador catalán surge de la misma exposición de motivos de la Ley de Filiaciones: «Parece oportuno regular asimismo las cuestiones de filiación para el caso de los nacimientos a consecuencia de fecundación asistida *post mortem*, puesto que [...] se pueden presentar, y en la realidad se dan, dichos nacimientos»¹⁰⁰.

Actualmente, el instituto se rige por los arts. 235-8.2 y 235-13.2 del Código Civil de Cataluña (CCCat)¹⁰¹. El primero regula la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido, mientras que el segundo extiende la posibilidad al caso de muerte del conviviente varón, y los requisitos son los mismos en ambos supuestos.

Por empezar, la legislación catalana no sigue el modelo estatal de regla negativa y de excepciones positivas. De este modo, la prohibición general de FPM es sustituida por el siguiente enunciado: «En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones...». Esta técnica legislativa revela una valoración diferente de la figura.

En cuanto al alcance subjetivo, el codificador catalán no se separó de la LTRHA. La FPM solo se prevé en atención a los proyectos heteroparentales en cuya vigencia fallece el hombre.

Los requisitos que exige el CCCat son los siguientes:

autorización administrativa de centros y servicios que realicen técnicas de reproducción asistida. Cfr. ALKORTA IDIAKEZ, cit., 164.

⁹⁷ Cfr. FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento...*, cit. 89.

⁹⁸ Cfr. ALKORTA IDIAKEZ, cit., 134.

⁹⁹ Art. 9 de la Ley de Filiaciones y, más tarde, arts. 92.2 y 97.2 del Código de familia.

¹⁰⁰ Ley de Filiaciones, Exposición de Motivos, cit. por ALKORTA IDIAKEZ, cit., 375.

¹⁰¹ Los artículos también regulan de manera general la filiación derivada de las TRHA. El codificador catalán no creó un sistema autónomo de filiación, sino que ubicó estas reglas dentro de la filiación por naturaleza. Sin embargo, el consentimiento es el elemento central.

- a. Debe constar fehacientemente la voluntad expresa del marido o del conviviente;
- b. El proceso de fecundación debe iniciarse dentro de los doscientos setenta días a partir del fallecimiento, aunque la autoridad judicial puede prorrogar el plazo por un máximo de noventa días si es que media una justa causa;
- c. La técnica debe limitarse «a un solo caso, incluido el parto múltiple». No está claro si se refiere a un solo ciclo de tratamiento o a un solo parto, aunque un autor se inclina por esta última interpretación¹⁰².

Este esquema se complementa con dos reglas sucesorias. El art. 412.1.2 garantiza la capacidad sucesoria del hijo que nazca en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores. Por otra parte, el art. 464.2.d establece que la partición de la herencia se suspende si el causante ha expresado su voluntad de permitir la fecundación asistida después de la muerte, hasta que se produzca el parto o venza el plazo legal para practicarla.

Finalmente y en comparación con la LTRHA, el CCCat es más flexible en algunos aspectos y más restrictivo en otros. Así, por ejemplo, no enumera formas específicas de otorgamiento del consentimiento, aunque luego no contempla la posibilidad de presumirlo.

¹⁰² Cfr. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Artículo 235-8. La fecundación asistida de la mujer casada», en Encarnación ROCA TRÍAS (coord. gral.) y Pascual ORTUÑO MUÑOZ (coord. de vol.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Madrid, 2011, 1017-1023, 1022.

CAPÍTULO II

LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN ARGENTINA

En este capítulo desarrollaré el sistema de filiación aplicable a las TRHA, tal como está previsto en el CCCN. Dados los efectos que en estos términos despliegan las tecnologías reproductivas, la eventual regulación de su aplicabilidad *post mortem* debería incluirse en este ámbito.

De manera preliminar, debe apuntarse que el microsistema jurídico argentino de TRHA es tridimensional, porque comprende las tres siguientes dimensiones:

- a. La regulación del acceso integral¹⁰³;
- b. La regulación de los efectos civiles;
- c. La regulación de los aspectos jurídicos de fondo¹⁰⁴.

A la fecha, Argentina cuenta con la previsión legislativa de las dos primeras dimensiones, mientras que la tercera solo ha sido esbozada en proyectos de ley que no han prosperado¹⁰⁵. Dedicaré este capítulo a la segunda.

En el apartado primero explicaré dos principios que han inspirado la regulación de las relaciones de familia en el CCCN: el principio de constitucionalización del derecho privado y el principio de democratización de la familia.

En el apartado segundo describiré el sistema de filiación por TRHA, que es el efecto civil más importante de la reproducción asistida¹⁰⁶.

¹⁰³ En esta materia rige la Ley 26.862 (2013). La norma incorporó las TRHA (tanto de baja como de alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o de embriones) al Programa Médico Obligatorio de Argentina, de manera que los sistemas público y privado de salud deben financiarlas. Por otra parte, es beneficiaria «... toda persona mayor de edad que [...] haya prestado su consentimiento informado» (art. 7). De este modo, el acceso a las TRHA no se restringe a quienes padecen infertilidad o esterilidad médica.

¹⁰⁴ Entre ellos se destacan los siguientes: derechos y deberes de los donantes; destino de los embriones y de los gametos crioconservados; obligaciones de los centros de salud; funciones de la autoridad de aplicación de la ley; etc.

¹⁰⁵ El 12 de noviembre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación sancionó un proyecto de ley sobre los aspectos jurídicos de fondo de las TRHA (expte. CD-101-2014). Lamentablemente, no fue tratado a tiempo por el Senado y perdió estado parlamentario.

¹⁰⁶ No trataré otros efectos civiles que regula el CCCN, como el derecho a la identidad de las personas concebidas a través de TRHA heterólogas.

Finalmente, en el apartado tercero glosaré el artículo sobre FPM previsto en el entonces Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Como ya he anticipado, el precepto fue suprimido del texto final.

2.1. LOS PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El 23 de febrero de 2011 el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el Decreto 191/2011, mediante el cual creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. A su vez, designó como integrantes a los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Luego, estos juristas convocaron a más de cien profesores argentinos y a algunos académicos extranjeros que colaboraron en la redacción del texto.

En febrero de 2012 se presentó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación al Poder Ejecutivo. Después de modificadas varias disposiciones, en junio de 2012 se elevó el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación al Senado nacional, que le dio media sanción el 28 de noviembre de 2013. Finalmente, fue aprobado el 1 de octubre de 2014 por la Cámara de Diputados mediante la Ley 26.994¹⁰⁷. El CCCN comenzó a regir en toda la República Argentina el 1 de agosto de 2015.

El CCCN está compuesto por 2671 artículos, que se distribuyen en un título preliminar y en los siguientes libros: 1. Parte general; 2. Relaciones de familia; 3. Derechos personales; 4. Derechos reales; 5. Transmisión de los derechos por causa de muerte; 6. Disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

Ciertamente, el CCCN es la expresión de algunos principios subyacentes. En esta oportunidad me detendré en dos de ellos: el principio de constitucionalización del derecho privado y el principio de democratización de la familia¹⁰⁸.

¹⁰⁷ La norma también derogó el Código Civil de 1871 redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

¹⁰⁸ Cfr. Ricardo Luis LORENZETTI *et al.*, «Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (última visita el 10-I-2018).

2.1.1. El principio de constitucionalización del derecho privado

El principio de constitucionalización del derecho privado implica la superación de la división histórica entre «lo público» y «lo privado»¹⁰⁹. Concretamente, la ley civil refleja ahora los principios constitucionales y convencionales vigentes, con el objeto de generar un diálogo entre los distintos microsistemas jurídicos.

Al respecto, en Argentina fue trascendental la reforma constitucional de 1994, en la que se reconoció la supremacía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. Así, esta reforma fue un hito en la configuración del Estado constitucional y convencional de derecho, que parte de la premisa normativa de que la Constitución y los tratados tienen *a priori* la misma jerarquía, y en el supuesto de colisión entre dichas fuentes, una prevalece sobre la otra solamente para el caso concreto luego de una ponderación basada en el principio *pro persona*¹¹⁰.

Este proceso fue acompañado por la región a través del desarrollo del SIDH, especialmente a partir de la suscripción de la CADH el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica¹¹¹. La vigencia efectiva de este instrumento es responsabilidad conjunta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH. Esta última institución interpreta la CADH y fija estándares sobre derechos humanos que en mi opinión son vinculantes para todos los Estados sujetos a su jurisdicción¹¹².

¹⁰⁹ Cfr. *Ibid.*

¹¹⁰ Cfr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ, «Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad», LL 2017-B-820, apartado I.1.

¹¹¹ El SIDH comenzó a regir a partir de la Novena Conferencia Panamericana, celebrada del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 en Bogotá, Colombia. En esta oportunidad, se adoptaron la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El primer instrumento con fuerza vinculante fue la CADH (1969), y a partir de allí han visto la luz otros instrumentos sobre subsistemas específicos de derechos humanos. Cfr. Felipe ARIAS OSPINA y Juliana GALINDO VILLARREAL, «El sistema interamericano de derechos humanos», en George Rodrigo BANDEIRA GALINDO *et al.* (coords.), *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, 131-163, 131, 132 y 134.

¹¹² Se debate sobre si las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para los Estados ajenos a la controversia. Algunos se manifiestan en contra y reivindican el art. 68.1 de la CADH, según el cual «Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes». En contraposición, otros sostienen que esta última norma se refiere a los puntos resolutivos de las sentencias, mas no a la doctrina que emana de los fallos, que tendría un «efecto expansivo». Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sostuvo en «Mazzeo» (Fallos 330:3248) que la jurisprudencia de la Corte IDH es una «insoslayable pauta de interpretación». Recientemente, la CSJN puntualizó en «Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto» (Fallos 340:47) que si bien las sentencias de la Corte IDH son obligatorias (aquellas dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino), el tribunal interamericano no puede dejar sin efecto una

Es de mención obligatoria la doctrina del control de convencionalidad que la Corte IDH ha construido pretorianamente y que ha trastocado la concepción tradicional sobre el funcionamiento de los sistemas jurídicos nacionales. Concretamente, la Corte IDH exige que todos los órganos —no solo el judicial— de los Estados, en el marco de sus competencias, realicen de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas —legales e incluso constitucionales— y el *corpus iuris* convencional (integrado por la CADH, por los demás tratados internacionales de derechos humanos y por la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH). Este control es represivo, porque conlleva la inaplicación de las reglas locales opuestas al *corpus iuris* convencional, pero también es constructivo o positivo, porque implica la interpretación de las normas legales y constitucionales conforme a ese *corpus*¹¹³.

Ahora bien, el control de convencionalidad no solo debe efectivizarse en la aplicación y en la interpretación de las normas, sino también en la emisión¹¹⁴. En comunión con esta idea, los redactores del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación escribieron: «En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad»¹¹⁵.

sentencia de la misma Corte nacional, porque ello implicaría transformar a la Corte IDH en una cuarta instancia. Este precedente desencadenó un debate académico serio, al punto de que para un autor « [el fallo] rompe sin fundamento alguno con la lógica de los precedentes, implica un retroceso en materia de derechos humanos, desconoce la voluntad de la Convención Constituyente de 1994, construye un muro normativo y simbólico a los derechos humanos, pero, fundamentalmente, desmantela al Estado constitucional y convencional de derecho». GIL DOMÍNGUEZ, «Estado constitucional...», cit., apartado IV.10.

¹¹³ A la vez, el control constructivo o positivo supone operaciones más complejas, tal como lo explica Néstor P. SAGÜÉS, «Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legislferante de convencionalidad», *Revista de Investigações Constitucionais* 1:2 (2014) 23-32, 25: «Ello [el control de convencionalidad constructivo o positivo] conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) *de selección de interpretaciones*, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) *de construcción de interpretaciones*, mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* (cuando se *agrega* algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), *mutativas por sustracción* (al revés, si se *quita* algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* (también son llamadas “sustitutivas”), donde el operador *extrae* algo y *añade* algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados».

¹¹⁴ Cfr. *Ibid.*, 26.

¹¹⁵ LORENZETTI *et al.*, cit.

El punto de partida de la constitucionalización del derecho privado es el reconocimiento de la persona humana como eje del sistema. La diferencia con los códigos decimonónicos es evidente, dado que estos giraban en torno al patrimonio y la persona era reducida a un engranaje más del sistema económico¹¹⁶. Así, la consideración kelseniana del sujeto como «unidad personificada de normas» es sustituida por una concepción de la persona como vía para la recuperación integral de la individualidad¹¹⁷.

Desde ya que la constitucionalización no es un proceso aislado o casual. Por el contrario, es una manifestación de la globalización, fenómeno que ha provocado transformaciones copernicanas en la forma de comprender el derecho y cuyo denominador común es la erosión irrevocable de la autoridad del Estado y el surgimiento de un ordenamiento global en el que este ya no es el agente principal de la política¹¹⁸. Indudablemente, el correlato jurídico-intelectual de la globalización es el «neoconstitucionalismo» que, pese a sus diversas acepciones, posee como sustrato común el modelo de Estado constitucional de derecho, caracterizado por diversos rasgos singulares¹¹⁹. Uno de ellos es la «rematerialización constitucional», que se traduce en la incorporación al texto constitucional de normas sustantivas —valores superiores, principios y derechos fundamentales— que irradian a todo el sistema jurídico y cuya aplicación directa al caso concreto corresponde a los jueces¹²⁰.

De este modo, el CCCN asume que el Estado legislativo de derecho es una realidad jurídico-política superada. El espíritu neoconstitucionalista del Código surge de sus dos primeros artículos. El art. 1 se refiere a las fuentes y a la aplicación y establece que «los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte». Luego, el art. 2 alude a la interpretación de la siguiente manera: «La ley debe ser interpretada

¹¹⁶ El CCCN considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital. Se atiende a las distintas situaciones existenciales de la persona (como paciente, art. 59; como consumidor, art. 1092; como discapacitado, art. 48; como integrante de comunidades indígenas, art. 18; como persona con problemas de salud mental, art. 31; etc.). Cfr. Ricardo Luis LORENZETTI, «Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf> (última visita el 21-I-2018).

¹¹⁷ Cfr. RODOTÀ, *El derecho...*, cit., 146.

¹¹⁸ Cfr. Luis LLOREDO ALIX, «Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 40 (2017) 249-278, 269.

¹¹⁹ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, «Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44 (2010) 461-506, 463.

¹²⁰ Cfr. *Ibid.*, 464 ss.

teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

De estos preceptos también se desprende un modelo de juez que se identifica con el de la propuesta neoconstitucionalista. No se trata del juez «observador», que considera que lo que el derecho es depende exclusivamente de lo que se ha expedido de hecho y es socialmente eficaz. Por el contrario, se trata del juez «participante», que entiende que el derecho es lo que se ha decidido correctamente, y esto no solo depende de hechos sociales, sino también de razones morales¹²¹. Por su parte, Kemelmajer de Carlucci enseña que el CCCN es un «código estructurado sobre la base de principios», y ello exige a los jueces ponderar en el caso concreto con razonabilidad y justicia¹²². Esta opción iusfilosófica es determinante, porque supone una concepción relativa de la dignidad, que también se transforma en un principio sujeto a ponderación¹²³.

Otro de los aspectos clave es la inserción del CCCN en el proceso de «deconstrucción» del derecho, que es uno de los emblemas de la posmodernidad jurídica y que tiene diversas expresiones, como la descodificación y la correlativa proliferación de legislación especial¹²⁴. En esta sintonía, el CCCN no posee aquella pretensión omnicompreensiva propia de la codificación decimonónica, sino que convive con otras fuentes y se constituye como el tejido conectivo del ordenamiento¹²⁵. Esto justifica la tridimensionalidad del microsistema jurídico de TRHA, que presenté como nota preliminar de este capítulo.

En suma, el CCCN es una prueba más de que ha operado el paso del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional y convencional de derecho.

¹²¹ Cfr. Robert ALEXY, «El no positivismo incluyente», trad. de María Claudia Quimbayo Duarte, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 36 (2013) 15-23, 22.

¹²² La cita corresponde a una de las respuestas de la jurista citada al ser entrevistada por Sabrina LANNI, «Entrevista con Aída Kemelmajer de Carlucci sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Entre la tradición y la innovación del derecho civil codificado», *Revista de Derecho Privado* 30 (2016) 371-377, 372 [Universidad Externado de Colombia].

¹²³ Cfr. Robert ALEXY, «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad», trad. de Alfonso García Figueroa, *Parlamento y Constitución. Anuario* 16 (2014) 9-28, 13 (el profesor alemán explica que si la garantía de la dignidad humana fuera absoluta debería ser considerada como una regla, y su forma de aplicación sería la subsunción).

¹²⁴ Cfr. LLOREDO ALIX, cit., 272.

¹²⁵ Cfr. Julio César RIVERA y Luis Daniel CROVI, *Derecho Civil. Parte General*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, 151.

2.1.2. El principio de democratización de la familia

El principio de democratización de la familia se refiere al reconocimiento de «la heterogeneidad del hecho familiar»¹²⁶. Implica la evolución del «derecho de familia» en singular al «derecho de las familias» en plural¹²⁷. Ciertamente, una sociedad pluralista exige regular una serie de opciones de vida que el legislador no puede desatender¹²⁸.

Las relaciones de familia constituyen la disciplina en la que más ha impactado la constitucionalización. Esto es así por el desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos en relación con la igualdad y la libertad. También ha coadyuvado la concepción de que los derechos fundamentales no solo se aplican en las relaciones verticales (aquellas entre los ciudadanos y las autoridades públicas), sino también en las relaciones horizontales (aquellas entre los particulares)¹²⁹.

Las exigencias que en estos términos pesan sobre el legislador son numerosas y exceden el marco de este trabajo. Sin embargo, puede asumirse un punto de partida con la confianza de que el resto «vendrá por añadidura». Me refiero a la textura flexible del concepto constitucional y convencional de familia.

En Argentina, la Constitución de la Nación se refiere a «la protección integral de la familia» (art. 14 bis, *in fine*) sin conceptualizar ni enumerar cuáles son los núcleos familiares que deben ser protegidos¹³⁰. Ahora bien, el mayor tratamiento del dinamismo de las realidades familiares es autoría de la Corte IDH, que ha interpretado evolutivamente el derecho a la vida privada y familiar (art. 11.2, CADH) y la protección de la familia (art. 17, CADH) en varias sentencias¹³¹. En «Atala Riffo», la Corte sostuvo lo siguiente:

La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al

¹²⁶ Esta es la rúbrica del art. 231-1 del CCCat.

¹²⁷ Cfr. LORENZETTI *et al.*, cit.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Cfr. Roberto CIPPITANI, *Construcción del Derecho Privado en la Unión Europea: Sujetos y Relaciones Jurídicas*, Editorial Juruá, Lisboa, 2017, 46.

¹³⁰ Cfr. Marisa HERRERA, «Cuando los Derechos Humanos interpelan las relaciones de familia: La legislación civil al banquillo», *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social* 11 (2016) 31-46, 41.

¹³¹ Se destacan los siguientes precedentes: Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C nro. 239; *idem*, *Caso Fornerón...*, cit.; *idem*, *Caso Artavia Murillo...*, cit.; *idem*, *Caso Duque vs. Colombia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C nro. 310.

respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio¹³².

Recientemente, la exigencia de la Corte IDH se ha incrementado a partir de una opinión consultiva en la que subrayó que la CADH protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación entre personas del mismo sexo¹³³. A la vez, determinó que es necesario que los Estados garanticen a estas uniones el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluso al matrimonio¹³⁴.

La incidencia de la regionalización también es palpable en Europa. Si bien históricamente el TEDH ha evitado definir cuáles son las relaciones que constituyen una familia, en los últimos quince años ha reducido sustancialmente el margen de apreciación nacional en la materia, especialmente por la evolución del principio de no discriminación¹³⁵. Sin embargo, los jueces de Estrasburgo siguen siendo más cautelosos que sus pares interamericanos¹³⁶.

Expuesto lo anterior, es indudable que los Estados miembros del SIDH deben regular las estructuras familiares asumidas socialmente. De este modo, el derecho de familia deja de ser «impositivo» y pasar a ser «propositivo». En esta sintonía, el CCCN reconoce las familias no matrimoniales —uniones convivenciales—, las familias «ensambladas» y las familias hetero, homo y monoparentales. Desde ya que no se han normativizado todas las realidades familiares posibles, sino solo aquellas que gozan de un respaldo social contundente. Así, el CCCN prevé una limitación concreta al sentenciar que «ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación» (art. 558, *in fine*). Como

¹³² *Idem*, *Caso Atala Riffo...*, cit., párr. 142.

¹³³ Cfr. *Idem*, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, Serie A nro. 24, párr. 229.6.

¹³⁴ Cfr. *Ibid.*, párr. 229.8.

¹³⁵ Cfr. NALDINI y LONG, cit., 101 y 102.

¹³⁶ A modo de ejemplo, el TEDH considera que las parejas de personas del mismo sexo están incluidas en el concepto convencional de «vida familiar», aunque los Estados no tienen la obligación de reconocerlas como matrimonio. Véase *Schalk and Kopf v. Austria*, No. 30141/04, ECHR 2010-IV.

consecuencia, no es posible constituir una familia pluriparental¹³⁷, aunque Argentina ya cuenta con dos casos de triple filiación admitidos en sede administrativa¹³⁸.

La democratización de la familia ha transformado cada uno de los capítulos de esta rama del derecho. En este sentido, uno de los grandes cambios es el que ha operado en la ley civil como consecuencia del avance biotecnológico. En muchas ocasiones, el derecho a fundar una familia depende del recurso a la ciencia, y es por eso que la comunidad internacional ha reconocido el «derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico»¹³⁹. Esto explica el sistema de filiación aplicable a las TRHA, que comentaré en el apartado siguiente.

2.2. LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El libro segundo del CCCN regula las relaciones de familia, y su título quinto se refiere a la filiación, cuyo capítulo segundo se denomina «Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida»¹⁴⁰. Estas normas son aplicables a todos los casos de reproducción «médicamente» asistida¹⁴¹.

La filiación, en su definición clásica, es «... el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos»¹⁴². En general, la unión sexual entre un varón y una mujer determina el vínculo legal entre estos y el nacido. De allí la identificación entre

¹³⁷ Es justo señalar que los redactores del CCCN no han sido ajenos a esta nueva realidad, que ya es visible en países como Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y, en el ámbito latinoamericano, en Brasil. Simplemente, han optado por una política de «pequeños pasos» o *piccoli passi*. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, cit., 13.

¹³⁸ Ambos casos de triple filiación fueron admitidos por dos registros civiles diferentes. En mi opinión, lo correcto hubiera sido la intervención judicial. Véase Eleonora LAMM, «Familias multiparentales. Su “blanqueo” legal como solución que mejor satisface los intereses en juego», *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, 16-V-2016, disponible en http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas1-suplemento-dpi-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-11-17-05-2016/ (última visita el 7-I-2018).

¹³⁹ Este derecho está previsto en los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIII); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 15, inc. b); Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad.

¹⁴⁰ El capítulo está integrado por los siguientes artículos: art. 560. Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida; art. 561. Forma y requisitos del consentimiento; art. 562. Voluntad procreacional; art. 563. Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida; art. 564. Contenido de la información.

¹⁴¹ No están incluidas las técnicas caseras de inseminación, conocidas en el mundo anglosajón como *do-it-yourself* o *self-insemination*. Sobre la determinación de la filiación en estos casos, véase Natalia DE LA TORRE, «Técnicas caseras de inseminación en Argentina: Cómo resolver la filiación», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 35 (2017) 323-344.

¹⁴² Gustavo E. BOSSERT y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2016, 283.

el estado jurídico de filiación y el vínculo natural de sangre¹⁴³. Esta regla todavía rige en la filiación biológica o por naturaleza. Sin embargo, en los últimos años la filiación ha evolucionado notablemente.

A partir de la legalización de la adopción, los ordenamientos jurídicos han construido un nuevo modelo de filiación en el que el vínculo jurídico entre el adoptado y los adoptantes emana de la sentencia judicial que reconoce la voluntad parental de estos últimos. De esta manera, la eclosión de los «padres de intención» ha reconfigurado el vínculo entre progenitores e hijos, que ya no se identifica necesariamente con las verdades genética y biológica. En Argentina, la adopción se admitió a través de la Ley 13.252 (1984), y a partir de allí la filiación se distingue según surja de un vínculo natural (filiación por naturaleza) o de un vínculo fabricado (filiación por adopción)¹⁴⁴.

Ahora bien, el tercer paso en este camino ha sido impulsado por la alianza entre las tecnologías reproductivas heterólogas, la gestación por sustitución y las nuevas formas de familia. La insuficiencia del sistema filial tradicional para resolver estos casos responde a la disociación entre las verdades genética (el aporte de los gametos), biológica (la relación sexual y la gestación durante nueve meses) y voluntaria (la voluntad procreacional)¹⁴⁵.

Por esta razón, la ciencia jurídica contemporánea ha reformulado las reglas de la filiación según el modelo constructivista del parentesco, en el que la «elección» —históricamente reducida a la afinidad— se extiende a la relación filial, que se plantea como el fruto de un proyecto parental¹⁴⁶. De este modo, se tiende a la recepción legislativa de la voluntad procreacional como fuente del vínculo jurídico entre progenitores e hijos. A la vez, sus efectos operan en sentido negativo, porque descartan las eventuales acciones de impugnación de la filiación contra quienes prestaron el consentimiento informado, así como también las eventuales acciones de reclamación de la filiación contra quienes colaboraron en el proceso

¹⁴³ Cfr. Manuel ALBALADEJO, *Curso de derecho civil, IV. Derecho de familia*, 6ª ed., José María Bosch, Barcelona, 1994, 214.

¹⁴⁴ Cfr. Adriana Noemí KRASNOW, «Capítulo I. La filiación y sus fuentes», en *idem* (dir.), *Tratado de Derecho de Familia, e-book*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, III, apartado I.

¹⁴⁵ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.*, cit., 20.

¹⁴⁶ Cfr. Joan BESTARD, «Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social», *Revista de Antropología Social* 18 (2009) 83-95, 89.

reproductivo sin voluntad procreacional alguna —v.gr., el donante de gametos y/o la gestante—¹⁴⁷.

Esta construcción jurídica fue receptada por el CCCN, cuyo art. 562 dispone lo siguiente:

Artículo 562. Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Por empezar, es llamativa la neutralidad de la locución «quien dio a luz» en vez de la fórmula clásica «mujer que dio a luz». Al respecto, Herrera explica que la opción terminológica es conforme a la ley de identidad de género¹⁴⁸. Esta norma reconoce el derecho a solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, sin que sea necesario una intervención quirúrgica o un tratamiento farmacológico para adecuar el cuerpo y/o la genitalidad a la identidad de género autopercebida¹⁴⁹. Como consecuencia, una persona biológicamente mujer pero jurídicamente varón podría quedar embarazada¹⁵⁰.

Ahora bien, el núcleo del artículo es el reconocimiento del elemento volitivo como fuente del vínculo filial. Esto implica que la filiación en los casos de TRHA queda determinada por la voluntad procreacional, entendida como «... el deseo e intención de crear una nueva vida...»¹⁵¹.

¹⁴⁷ En España, el art. 8.1 de la LTRHA dispone: «Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación». Por su parte, el art. 235-28.2 del CCCat establece: «Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo».

¹⁴⁸ Cfr. Marisa HERRERA, «Los cambios legislativos como motor para la deconstrucción de la enseñanza del derecho de las familias. Reformar para transformar», *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho* 29 (2017) 79-118, 87 ss.

¹⁴⁹ Así lo garantiza el art 4, *in fine* de la Ley 26.743 (2012).

¹⁵⁰ En diciembre de 2013 la prensa argentina replicó el primer caso de un varón transgénero que dio a luz. Véase s/a, «Nació la hija del primer hombre embarazado de la Argentina», *La Nación*, 19-XII-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1649316-nacio-la-hija-del-primer-hombre-embarazado-de-la-argentina> (última visita el 12-I-2018).

¹⁵¹ Adriana Noemí KRASNOW, «La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad», *Revista de Derecho Privado* 32 (2017) 175-217, 181 [Universidad Externado de Colombia].

La voluntad procreacional debe materializarse en el consentimiento previo, informado y libre de los usuarios, que recabará el centro de salud y que debe renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones (art. 560). Sobre la forma y los requisitos, el art. 561 establece que «la instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción». Si bien el consentimiento informado está contemplado en el art. 59 del CCCN, la legislación especial de TRHA —que aun es solo normativa proyectada—, deberá singularizar la regulación del consentimiento en este ámbito.

Dado que el consentimiento debe renovarse por cada utilización de gametos o de embriones, el CCCN establece la «otra cara de la moneda» del siguiente modo: «El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión» (art. 561, *in fine*). Una autora considera que la norma supone una discriminación injusta, dado que si el embrión es concebido intracorpóreamente, el consentimiento es irrevocable, mientras que si es concebido extracorpóreamente, es revocable¹⁵². Disiento con esta postura por las tres siguientes razones:

- a. El margen temporal de la revocabilidad es siempre el mismo. En efecto, según la Corte IDH la «concepción» tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero¹⁵³, de manera que los dos conceptos utilizados significan lo mismo¹⁵⁴;
- b. La Corte IDH sostuvo que el embrión *in vitro* no es persona en los términos de la CADH¹⁵⁵. Aceptada esta tesis, no puede existir discriminación alguna;

¹⁵² Cfr. Úrsula C. BASSET, «La democratización de la filiación asistida», LL 2014-F-609, apartado IV.b.

¹⁵³ Cfr. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo...*, cit., párr. 264 (sobre la interpretación del concepto de «concepción» y el estatuto jurídico del embrión *in vitro* me remito al capítulo 3.4).

¹⁵⁴ La distinción terminológica era conforme a la versión inicial del art. 19 (Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación) sobre el comienzo de la existencia de la persona, según el cual «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 embargo, en el texto aprobado el artículo quedó redactado del siguiente modo: «La existencia de la persona humana comienza con la concepción».

¹⁵⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo...*, cit., párr. 264.

- c. Si hay embriones crioconservados pero a la par desaparece la voluntad procreacional —p.ej., por la ruptura del proyecto parental¹⁵⁶—, no es concebible una transferencia embrionaria obligatoria¹⁵⁷.

Luego de estos párrafos, queda claro que el CCCN consagra un sistema de correspondencia entre voluntad y filiación. De allí que sea inadmisibles la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, con independencia de quien haya aportado los gametos (art. 577). A la vez, tampoco es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto del donante (art. 577, *in fine*).

Ahora bien, el elemento volitivo no tiene la virtualidad de sustentar autónomamente la totalidad del proyecto parental. Por aplicación del art. 562, la persona que da a luz es progenitora del niño independientemente de su voluntad, y rige de manera incontrovertida el principio *mater semper certa est*. Por su parte, la voluntad procreacional opera únicamente respecto de la otra persona que ha prestado su consentimiento —p.ej., el cónyuge—. De este modo y en relación con la persona gestante, no es posible disociar los elementos biológico y volitivo. Como consecuencia, la norma no resuelve los casos en los que una persona gesta por otra.

Por lo expuesto, el modelo de filiación por TRHA está incompleto en relación con algunas estructuras familiares legalmente reconocidas, aunque ello no es imputable a los redactores del CCCN. En efecto, la coherencia del sistema se quebró cuando en el marco del debate parlamentario se excluyó la gestación por sustitución, que estaba prevista tanto en el

¹⁵⁶ El TEDH rechazó la petición de una mujer que pretendía implantarse embriones crioconservados contra la voluntad de su ex pareja. Véase *Evans v. The United Kingdom* [GC], No. 6339/05, ECHR 2007-I.

¹⁵⁷ La imposibilidad de revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación del óvulo fue la opción seguida en Italia a partir de la Legge 40 del 19 Febbraio 2004, GU 45 del 24 Febbraio 2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. El art. 6.3, *in fine* dispone: «*La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo*». Así, el derecho a formar una familia se transforma en una obligación una vez iniciado el proceso de reproducción asistida. Cfr. NAVARRO-MICHEL, cit., 164.

Anteproyecto como en el Proyecto (art. 562 proyectado). Sin embargo, la comunidad académica interpreta que, al no estar prohibida, está permitida¹⁵⁸.

La norma proyectada sobre gestación por sustitución requería que al menos uno de los comitentes haya aportado sus gametos (art. 562, inc. c), de manera que el vínculo filial nacía si concurrían los elementos volitivo y genético. A la vez, también exigía que la gestante no haya aportado sus gametos (art. 562, inc. e)¹⁵⁹.

Este esquema también se verificaba en la norma sobre filiación *post mortem* prevista en el Anteproyecto y luego en el Proyecto (art. 563 proyectado). El vínculo filial dependía de que el difunto haya consentido expresamente la realización *post mortem* de la técnica y de que los embriones crioconservados hayan sido generados con sus gametos.

En síntesis y más allá de las últimas disquisiciones, la voluntad procreacional es el eje del sistema filial aplicable a las TRHA, y las respuestas del CCCN ante una sociedad cada vez más heterogénea constituyen un verdadero avance.

2.3. LA FILIACIÓN *POST MORTEM* EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Después de algunos proyectos de ley presentados durante las últimas dos décadas en Argentina y que se referían tímidamente a la cuestión¹⁶⁰, tanto el Anteproyecto como el

¹⁵⁸ Esta opinión fue adoptada por unanimidad en las XXI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL. COMISIÓN 6 (2015), «Gestación por sustitución», disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/?cat=9> (última visita el 14-I-2018).

¹⁵⁹ En los Estados Unidos se distingue entre maternidad subrogada tradicional y maternidad subrogada gestacional. En la primera, la gestante aporta también su óvulo, lo que no ocurre en la segunda. Esta clasificación es importante en el país mencionado, dado que las soluciones judiciales de las disputas por la custodia del nacido suelen ser distintas en uno y en otro caso. Cfr. María Paz GARCÍA RUBIO y Margarita HERRERO OVIEDO, «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52 (2018) 67-89, 72.

¹⁶⁰ Los proyectos fueron los siguientes: a. el Proyecto de Código Civil de 1998, que enumeraba entre las personas que podían suceder al causante a «las que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos crioconservados del causante o de la crioconservación de un embrión formado con gametos de aquél, sean estas prácticas lícitas o no. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante» (art. 2229, inc. c); b. el proyecto de Silvia Martínez (expte. 0687-D-2004), que preveía la revocación del consentimiento por causa de muerte; c. el proyecto de Luz Sapag (expte. 3859/2005), que solo admitía la revocación del consentimiento de la mujer por fallecimiento del cónyuge si no se había producido la fecundación del óvulo; d. el proyecto de Haydé Giri (expte. 2733/2006), que establecía que los gametos debían ser descartados si fallecía el titular, salvo que en vida hubiese dispuesto un destino diferente; e. el proyecto de Jorge Villaverde (expte. 3465-D-2008), que prohibía a la mujer viuda someterse a las técnicas. Todos los proyectos eran insuficientes, porque no resolvían la determinación de la

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveían la FPM. Sin embargo, la norma fue excluida del texto finalmente aprobado. La figura estaba contemplada en el art. 563 proyectado, que transcribo a continuación:

Artículo 563. 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.

Por empezar, no se regulaba la admisibilidad de la reproducción *post mortem*, sino solo la filiación resultante. La norma provocaba las mismas dudas que manifiesta la doctrina española en relación con su legislación, acerca de si es o no posible practicar *post mortem* una TRHA sin cumplir los requisitos legales, de manera que la consecuencia solo sea la ausencia de vínculo filial¹⁶¹.

El Anteproyecto seguía un modelo de regla negativa y de excepciones positivas, al igual que el art. 9 de la LTRHA, cuya redacción ha sido tildada de «intrincada» por un filósofo español¹⁶². La regla era la imposibilidad de establecer un vínculo filial entre el nacido y el fallecido si el primero no se encontraba *in utero* a la fecha de la muerte del segundo. Sin embargo, se admitía si confluían los dos requisitos que comentaré a continuación.

filiación *post mortem*, independientemente de si la práctica se permitía o se prohibía. Cfr. María Victoria FAMÁ, «La filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida», LL AP/DOC/68/2014 [cita *online*].

¹⁶¹ Sobre este debate en España, me remito al capítulo 1.5.2.

¹⁶² Cfr. Manuel ATIENZA, «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho* número extra, recopilatorio especial (2015) 3-11, 9 (en el apéndice del artículo se ofrece una propuesta de nueva redacción del art. 9 de la LTRHA).

El primer requisito consistía en que el difunto hubiera consentido expresamente la transferencia embrionaria *post mortem*. De este modo, no se contemplaba posibilidad alguna de presumir el consentimiento.

La norma requería que los embriones hayan sido creados con el material genético del difunto. En otras palabras, el vínculo filial *post mortem* se sustentaba sobre los elementos volitivo y genético. La previsión era razonable, dado que solo es admisible una filiación construida netamente sobre la voluntad procreacional cuando su titular puede forjar lazos de afectividad con el hijo, lo que en estos casos no es factible¹⁶³. Sin embargo, en algunos países se admite la relación filial *post mortem* entre dos personas que no tienen relación genética y que tampoco tendrán una afectiva, como sucede en el Reino Unido¹⁶⁴.

En cuanto al alcance subjetivo, la norma era sumamente restrictiva, y por eso un autor no lamenta su exclusión del CCCN¹⁶⁵. No se contemplaban dos hipótesis: a. el proyecto heteroparental en cuyo transcurso fallece la mujer y el varón pretende continuar el proceso reproductivo; b. el proyecto homoparental de dos varones en cuyo transcurso fallece uno de ellos y el otro pretende continuar el proceso reproductivo.

El segundo y último requisito que exigía el artículo era temporal. La técnica debía practicarse dentro del año siguiente al deceso, para proteger los derechos hereditarios de terceros.

Si bien la FPM fue excluida del texto final, no se suprimió un precepto clave sobre sus efectos sucesorios. Se trata del art. 2279, inc. c, actualmente vigente, que transcribo a continuación:

Artículo 2279. Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
- c) *las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;*

¹⁶³ Sobre esta cuestión, me remito al capítulo 3.3.4.

¹⁶⁴ Sobre esta característica de la legislación británica, me remito al capítulo 1.5.1.

¹⁶⁵ Cfr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ, «Filiación *post mortem* y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar», LL 2016-D-542, apartado III.

d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento¹⁶⁶.

Así, se interpreta que la FPM no ha desaparecido del CCCN y que, por el contrario, ha quedado regulada en uno de los aspectos más importantes, como es la capacidad sucesoria del nacido¹⁶⁷. Esto es de suma trascendencia práctica, dadas las numerosas autorizaciones judiciales a la realización *post mortem* de TRHA. Por otra parte, el art. 2279 implica una permisividad mayor que si se hubiera incluido la regulación de la FPM. En efecto, se reconoce la capacidad sucesoria independientemente de cuál sea en concreto la técnica (p.ej., el uso reproductivo *post mortem* de gametos, que no era permitido por el art. 563 proyectado)¹⁶⁸.

En resumen, en Argentina la FPM se agotó en un intento fallido de regulación, aunque las demandas sociales no han desaparecido.

¹⁶⁶ La cursiva es mía.

¹⁶⁷ Cfr. Marisa HERRERA y Eleonora LAMM, «Artículos 558 a 593», en KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.* (dirs.), cit., II, 395-892, 534. Una posición contraria a que las personas concebidas *post mortem* puedan suceder es la de BOSSERT y ZANNONI, cit., 320.

¹⁶⁸ Cfr. HERRERA y LAMM, «Artículos...», cit., 535.

CAPÍTULO III

CRITERIOS PARA LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM* EN ARGENTINA

Ha quedado claro que «... la biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la voluntad procreacional y de su exteriorización a través del consentimiento informado»¹⁶⁹. De allí que las legislaciones que admiten la reproducción *post mortem* exijan el consentimiento expreso del difunto.

En Argentina, la desregulación de este tipo de técnicas provoca inseguridad jurídica, especialmente en torno a la filiación de las personas nacidas. En los últimos años, varias sentencias judiciales han autorizado la reproducción *post mortem* con fundamento —entre otros— en el consentimiento presunto del fallecido. Este último es el instituto que abordaré en el presente capítulo.

En el apartado primero me aproximaré de manera general al consentimiento presunto en el ámbito de las tecnologías reproductivas.

En el apartado segundo reseñaré las sentencias judiciales que se han referido al consentimiento presunto.

En el apartado tercero propondré cinco criterios para la regulación del consentimiento presunto a las TRHA *post mortem* en Argentina. Adelanto que estos son los siguientes: a. consentimiento presunto como presunción legal; b. excepcionalidad del consentimiento presunto; c. existencia de embriones crioconservados al tiempo de la muerte; d. embriones formados con material genético de la persona fallecida; e. obligada perspectiva de género.

En el apartado cuarto explicaré la ventaja práctica de la admisión del consentimiento presunto en relación con el estatuto jurídico del embrión *in vitro*, dadas las distintas tesis y la sensibilidad social en la materia.

En el apartado quinto presentaré la aplicación en sentido negativo del consentimiento presunto: su regulación en los términos propuestos descartaría la legalidad de los supuestos que no encuadren en la norma.

¹⁶⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.*, cit., 7.

3.1. APROXIMACIÓN AL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

La voluntad procreacional, materializada en el correspondiente consentimiento informado, legitima la realización del acto médico y también determina el vínculo filial entre los usuarios de las TRHA y el nacido. El consentimiento es un acto jurídico¹⁷⁰ que en el ámbito de las tecnologías reproductivas debe ser exteriorizado por escrito¹⁷¹.

La importancia del elemento volitivo persiste también en la reproducción *post mortem*. En esta sintonía, la ESHRE —y la mayoría de países favorables a estas técnicas— avala la utilización *post mortem* de gametos y de embriones siempre que el fallecido lo haya consentido por escrito¹⁷². Una excepción a lo expuesto se da en España, cuya LTRHA en el art. 9.2 admite el consentimiento presunto a las transferencias embrionarias *post mortem*¹⁷³.

En Argentina, la norma proyectada sobre filiación *post mortem* establecía como requisito *sine qua non* el consentimiento expreso del difunto. De este modo, todavía no se han ensayado respuestas legislativas a las preguntas clave del dilema, que serían las siguientes: ¿Se puede razonablemente presumir el consentimiento a una reproducción *post mortem*?¹⁷⁴ ¿En qué casos? Como explicaré más adelante, la tradición jurídica latina sobre este punto se limita a los trasplantes de órganos.

Por otra parte, destaco el art. 264 del CCCN, que define en sentido general la manifestación tácita de la voluntad del siguiente modo: «La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa».

Ahora bien, varias sentencias judiciales han autorizado la aplicabilidad *post mortem* de las TRHA en casos complejizados por la falta de un consentimiento *ad hoc*. La mayoría de las decisiones ha reconocido la virtualidad del consentimiento presunto, aunque sin una

¹⁷⁰ El art. 259 del CCCN establece: «El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas».

¹⁷¹ El art. 262 del CCCN establece: «Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material».

¹⁷² Cfr. PENNINGNS *et al.*, cit., 3053.

¹⁷³ Me remito al capítulo 1.5.2.

¹⁷⁴ Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 330.

construcción conceptual clara al respecto. Sin perjuicio de que reseñaré estos fallos en el apartado siguiente¹⁷⁵, dedicaré las líneas sucesivas al primero¹⁷⁶.

El 22 de septiembre de 2015 Andrea Paula Gaudino contrajo matrimonio con Javier Oscar Losinno. En junio de 2010 ambos prestaron el consentimiento a la crioconservación de material genético, dado que la mujer padecía poliquistosis ovárica. En ese mismo mes, se le diagnosticó cáncer al Sr. Losinno, y el 13 de marzo de 2011 acaeció su muerte. La viuda solicitó la continuación del tratamiento, pero la clínica le exigió una autorización judicial. Así las cosas, la mujer se presentó ante los tribunales para que se declare que no existía impedimento alguno para utilizar el semen crioconservado. La jueza interviniente falló a su favor, con fundamento en el consentimiento presunto del fallecido.

De la sentencia se extrae la concatenación de elementos disímiles entre sí y que revela la ausencia de una construcción conceptual clara de la figura aplicada. Estos puntos clave son los siguientes:

- a. La reproducción asistida como proceso: «... Andrea Paula Gaudino ha ocurrido ante los estrados para completar el proyecto de familia que construyera con su marido Javier Oscar Losinno...»¹⁷⁷.
- b. La vigencia de un consentimiento anterior no revocado: «... estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado...»¹⁷⁸.
- c. Indicios objetivos de la voluntad procreacional presunta: «... si Losinno prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación en “Procrearte” —la institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de

¹⁷⁵ No comentaré el primer caso judicial de Argentina (1999), dado que la única información disponible es la que brindó la prensa. Por otra parte, no es un caso de reproducción *post mortem* en sentido estricto. Se trató de una ciudadana española que solicitó una extracción de semen ante la muerte repentina de su marido, a fin de trasladar la muestra a su país. Ambos se encontraban de luna de miel en Buenos Aires. Véase Mariana CARBAJAL, «Autorizaron la extracción de semen de un hombre fallecido», *Página12*, 3-XI-1999, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/1999/99-11/99-11-03/pag21.htm> (última visita el 22-V-2018).

¹⁷⁶ Véase Tribunal de Familia nro. 3 de Morón - Buenos Aires, 21-XI-2011, «G., A. P.», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia III* (2012) 119 ss.

¹⁷⁷ *Ibid.*, consid. VII.

¹⁷⁸ *Ibid.*, consid. VIII.

fertilización— la conformidad se mantuvo por los nueve meses que Losinno sobrevivió...»¹⁷⁹.

- d. La voluntad procreacional reconstruida: «... sus padres y hermana, entrevistados en el Tribunal confirman que “...el deseo de Javier Losinno era de ser padre...”»¹⁸⁰.

La sentencia motivó rápidamente la reflexión académica. Así, dos autoras celebraron que la cuestión se haya dirimido a través de una presunción, dado que ello fue respetuoso del derecho de la mujer a formar una familia de acuerdo con el plan de vida pergeñado junto con su marido, así como de la presunta voluntad procreacional de este¹⁸¹.

Por razones procesales evidentes, la jueza no se pronunció sobre la filiación del futuro niño. Sin el andamiaje legal y administrativo necesario, el vínculo filial quedará a la suerte de una nueva decisión judicial que obviamente debería coincidir con la autorización otorgada¹⁸².

Por su parte, algunos autores manifiestan reparos a la posibilidad de presumir la voluntad procreacional. En este sentido, Rodríguez Guitián sostiene lo siguiente:

Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte¹⁸³.

Comparto la idea de que la crioconservación de gametos no es un indicio suficiente para presumir la voluntad procreacional, tal como argumentaré en el último apartado del presente capítulo. Sin embargo, existen otros hechos que sí lo son, como la crioconservación de embriones.

La aceptación del consentimiento presunto reclama asumir una premisa básica, que es a la vez su fundamento: un tratamiento de reproducción asistida no se agota instantáneamente en un único acto, sino que configura un proceso no siempre breve, lo que depende del éxito de

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Cfr. Natalia DE LA TORRE y Nadia UMAN, «Fecundación *post mortem*, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia III* (2012) 122-134, apartado III.

¹⁸² Cfr. *Ibid.*, apartado VII.

¹⁸³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Reflexiones...», cit., 186.

la técnica aplicada y también de otras circunstancias externas. De este modo, no se trata de presumir el consentimiento al inicio *post mortem* de un tratamiento reproductivo, sino a su culminación. Así, se tutela el legítimo derecho a fundar una familia de la persona sobreviviente conforme a las expectativas reproductivas¹⁸⁴ ínsitas al proyecto parental originariamente consentido por ambas partes.

3.2. EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Luego del hito jurisprudencial que reseñé en el apartado anterior, se dictaron otras sentencias sobre la reproducción *post mortem*. La mayoría fue favorable a la aplicación de las técnicas, lo que es comprensible si se tiene en cuenta que todo lo que no está prohibido, está permitido¹⁸⁵. Desde ya que los jueces no usurparon la tarea legislativa, sino que realizaron la función judicial necesaria ante la ausencia de orientación parlamentaria¹⁸⁶.

Los fallos que autorizaron la realización de las técnicas solo se refirieron al acto médico ante la interposición de medidas cautelares. De persistir el vacío legal, es probable que también se judicialice la filiación de los niños concebidos a través de las TRHA autorizadas.

A continuación, comentaré sucintamente cada una de las sentencias (a excepción de la primera, ya explicada en el apartado anterior) y me detendré en las consideraciones sobre el consentimiento presunto.

La segunda sentencia fue dictada el 7 de agosto de 2014 por la Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza¹⁸⁷. Se autorizó a una viuda a que emplee en un tratamiento de reproducción asistida los gametos de su marido fallecido. La particularidad es que previamente otro juzgado había autorizado la extracción cadavérica de semen. Así, se entendió que la ausencia del consentimiento del marido es irrelevante por las siguientes razones: a. no puede invocarse derecho alguno del fallecido,

¹⁸⁴ «Expectativas reproductivas» es la traducción de *expectations of procreation*, expresión que tomo de Hilary YOUNG, «Presuming Consent to Posthumous Reproduction», *Journal of Law and Health* 27:1 (2014) 68-97, 81.

¹⁸⁵ El principio de legalidad, también conocido como principio de reserva, está consagrado en el art. 19 de la Constitución, que establece lo siguiente: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

¹⁸⁶ Cfr. *Miller v. Miller, McFarlane v. McFarlane* [2006] 2 WLR 1283 [7].

¹⁸⁷ Véase Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 7-VII-2014, «S., M. C. s/ medida autosatisfactiva», RC J 6303/14 [cita *online*].

dado que ya no es un sujeto de derechos; b. el semen ya había sido extraído como consecuencia de una autorización judicial previa¹⁸⁸.

La tercera sentencia fue dictada el 3 de noviembre de 2014 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 3¹⁸⁹. El caso involucró a una pareja no matrimonial heterosexual. Después de una década de convivencia y ante la imposibilidad de concebir, la pareja se sometió a un tratamiento de reproducción asistida. Concomitantemente, al varón se le diagnosticó cáncer y es por ello que el 15 de abril de 2011 crioconservó su esperma. Una de las cláusulas del contrato autorizaba a la mujer a retirar las muestras en caso de fallecimiento del titular, aunque nada preveía acerca del uso reproductivo. El varón falleció siete meses después, de manera que la mujer retiró el semen y lo trasladó a otro centro. Al año siguiente, la mujer solicitó nuevamente las muestras para utilizarlas en una TRHA, pero los médicos le exigieron una autorización judicial. Ello motivó la interposición de la demanda, que también se dirigió contra la obra social para lograr la cobertura.

Finalmente, la demanda fue admitida. Luego de reconstruir la voluntad del fallecido a partir de cinco testimonios, se concluyó lo siguiente:

Es que, en el contexto de referencia, considero acreditada la voluntad procreacional de V. para después de su muerte y resulta indiferente que en el mencionado documento —redactado por el predisponente— no se haya consignado de manera explícita que el retiro de las muestras de semen después de su fallecimiento podría utilizarse para la inseminación de sus gametos en la persona de la reclamante¹⁹⁰.

La cuarta sentencia fue dictada el 30 de diciembre de 2015 por el Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería nro. 4 de Santa Rosa (La Pampa)¹⁹¹. Se trató de una pareja no matrimonial heterosexual que había iniciado un tratamiento de reproducción asistida y en cuyo transcurso acaeció la muerte del varón (el 10 de octubre de 2014). A la fecha del fallecimiento había varios embriones crioconservados, que se habían generado con el semen del fallecido y con los óvulos de una donante. Ante la falta de consentimiento del varón para

¹⁸⁸ Cfr. *Ibid.*

¹⁸⁹ Véase Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 3, 3-XI-2014, «K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo», LL AR/JUR/53958/2014 [cita *online*].

¹⁹⁰ *Ibid.*, consid. 6.

¹⁹¹ Véase Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería nro. 4 de Santa Rosa - La Pampa, 30-XII-2015, «A., C. V. c/ Instituto de Seguridad Social - SEMPRES s/ amparo», LL AR/JUR/87457/2015 [cita *online*].

la implantación *post mortem* de los embriones, la obra social se negó a cubrir las transferencias embrionarias.

Finalmente, se ordenó la cobertura en razón de diversos argumentos. El juez apreció que «... la preocupación de la obra social pasa por el hecho de que el fallecido no puede prestar su consentimiento para la implantación de los embriones y ello obstaría el surgimiento de un vínculo filial»¹⁹². Sin embargo, el magistrado diferenció entre la filiación resultante y la cobertura de la técnica, dado que lo primero no formaba parte de la controversia. El juez reconoció que «... no existen razones para dudar de que la voluntad procreacional expresada por el varón solo cuarenta y nueve días antes de fallecer imprevistamente se hubiera mantenido»¹⁹³.

El fallo fue confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería (primera circunscripción) y finalmente por la Sala A del Tribunal Superior de Justicia de La Pampa el 31 de octubre de 2017¹⁹⁴.

La quinta sentencia fue dictada el 5 de mayo de 2016 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 87¹⁹⁵. El caso implicó a una pareja no matrimonial heterosexual iniciada en 2005. Luego de algunos años de convivencia y ante la imposibilidad de concebir, se sometieron a un tratamiento de reproducción asistida. El 13 de septiembre de 2011 el varón falleció en un accidente ferroviario. Un juzgado admitió la solicitud de extracción cadavérica de semen presentada por la mujer. Después de algunos años, promovió una demanda para que se autorice la utilización del material genético. Dado que ambos integrantes de la pareja habían iniciado el tratamiento juntos, existió un consentimiento prestado, aunque sin previsiones sobre la reproducción *post mortem*.

Se admitió la demanda y se sostuvo que «... es posible tener por acreditado que el Sr. P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida»¹⁹⁶.

¹⁹² *Ibid.*, 18.

¹⁹³ *Ibid.*, 19.

¹⁹⁴ Véase Tribunal Superior de Justicia de La Pampa, Sala A, 31-X-2017, «A. C. del V. c/ Instituto de Seguridad Social - SEMPRES s/ amparo», LL AR/JUR/100418/2017 [cita *online*].

¹⁹⁵ Véase Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 87, 5-V-2016, «N. O. C. P. s/ autorización», JA 2016-III-663.

¹⁹⁶ *Ibid.*, consid. VIII.

La sexta sentencia fue dictada el 3 de abril de 2018 por Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹⁹⁷. Este caso es mucho más singular que todos los anteriores, y quizás por ello la decisión fue desfavorable a la parte actora. En resumidas cuentas, un hombre que debía someterse a una quimioterapia extrajo una muestra de sus gametos para que la conviviente pudiera utilizarlos. Sin embargo, el formulario de depósito de gametos fue firmado por el padre del titular, en calidad de tutor. Una vez acaecida la esperada muerte, los padres y la conviviente solicitaron una autorización judicial para la reproducción asistida.

La Cámara confirmó la sentencia dictada por el *a quo*, que había rechazado la demanda. En segunda instancia se entendió que la disposición de gametos es un acto personalísimo, «... por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación»¹⁹⁸. Además, que la crioconservación «... solo autoriza inferir un consentimiento presunto para realizar una técnica al finalizar dicho tratamiento, pero no permite presumir que consintió que ese material genético fuese utilizado después de su muerte»¹⁹⁹. A ello se suma la necesidad de resguardar el principio de la voluntad procreacional, incorporado en la legislación argentina²⁰⁰.

3.3. CRITERIOS PARA LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

En el presente apartado propondré cinco criterios para la regulación del consentimiento presunto a las TRHA *post mortem* en Argentina. Adelanto que la propuesta se resume de la siguiente manera: excepcionalmente, debería presumirse *iuris tantum* el consentimiento del difunto a las transferencias de los embriones generados con el material genético de este y crioconservados al tiempo de la muerte, independientemente del género de los integrantes del proyecto parental.

Una cuestión previa merece ser atendida: el legislador debería establecer una simetría normativa entre reproducción y filiación *post mortem*. Recuérdese que el art. 563 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la «filiación *post mortem*», y suscitaba dudas acerca de si podría practicarse una técnica de estas características pese al

¹⁹⁷ Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 3-IV-2018, «D., M. H. y otros s/ autorización», LL AR/JUR/12809/2018 [cita *online*].

¹⁹⁸ *Ibid.*, sumario 1.

¹⁹⁹ *Ibid.*, sumario 2.

²⁰⁰ Cfr. *Ibid.*, sumario 4.

incumplimiento de los requisitos legales, que solo serían necesarios para la determinación de la filiación²⁰¹.

3.3.1. Consentimiento presunto como presunción legal

El consentimiento presunto debería configurarse como una presunción legal *iuris tantum*²⁰². Se trata de que la ley, en base a cierto hecho, estatuya una regla jurídica determinada²⁰³. Así, es necesaria la delimitación legislativa de los extremos cuya concreción fáctica desencadenaría la presunción. Esta operaría *ipso iure* sin la necesidad de reconstruir la voluntad del fallecido.

En Argentina, la «reconstrucción de la voluntad» no rige ni siquiera en el ámbito sanitario. Además, no cabe confundir esta figura con el «consentimiento por representación» que puede otorgar el familiar de un paciente que se encuentra en un estado de incapacidad o de imposibilidad física o psíquica²⁰⁴. La diferencia entre ambos institutos fue precisada por la CSJN en el caso «D., M. A.»²⁰⁵, en el que admitió la petición de las hermanas de un paciente en estado de mínima conciencia. Concretamente, se pretendía el cese de la alimentación y de la hidratación que mantenían al enfermo con vida desde hacía más de dos décadas. Dado que el paciente no había otorgado directivas médicas anticipadas, se consideró una declaración

²⁰¹ Es el mismo debate que genera el art. 9 de la LTRHA, de modo que no resulta extraño que una autora española haya llamado la atención sobre este punto en relación con la norma argentina proyectada. Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Reflexiones...», cit., 184.

²⁰² Así, por ejemplo, una manifestación expresa en sentido contrario a las TRHA *post mortem* desvirtuaría la presunción. En contraposición, se sostiene que si se diera este caso y la mujer pretendiese la transferencia del embrión, aunque no pueda hablarse de un derecho de la esposa o compañera a la implantación y mucho menos al preembrión (que no es un objeto), igualmente debería prevalecer la voluntad de la mujer, porque ello es lo más acorde con la tutela del preembrión. Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Reproducción...*, cit., 84.

²⁰³ Cfr. Raymundo M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, 10ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, I, 306.

²⁰⁴ El párrafo segundo del art. 6 de la Ley 26.529 (2009), modificada por la Ley 26.742 (2012), establece: «En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido». Por su parte, la Ley 24.193 (1993) regula los trasplantes de órganos y materiales anatómicos, y su art. 21 establece un orden de prelación de parientes. Actualmente, el art. 59, *in fine* del CCCN establece una regla similar, que es la siguiente: «Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente».

²⁰⁵ Véase CSJN, 7-VII-2015, «D., M. A. s/ declaración de incapacidad», Fallos 338:556.

jurada de las hermanas en la que informaron la voluntad del paciente. Por unanimidad, los jueces sostuvieron lo siguiente:

Los términos del artículo 21 de la ley [24.193] son claros en cuanto a que, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente no actúan a partir de sus convicciones propias sino dando testimonio de la voluntad de este. Es decir que no deciden ni “en el lugar” del paciente ni “por” el paciente sino comunicando su voluntad. Ello, a diferencia de diversas soluciones adoptadas en el derecho comparado que permiten reconstruir la presunta voluntad del paciente teniendo en cuenta para ello tanto los deseos expresados antes de caer en estado de inconsciencia como su personalidad, su estilo de vida, sus valores y sus convicciones éticas, religiosas, filosóficas o culturales...²⁰⁶.

De este modo, el consentimiento por representación solo supone atestiguar sobre la voluntad del representado, aunque «no hay mayor detalle sobre cómo llegaron las hermanas a ese testimonio o sobre su consistencia»²⁰⁷.

Recientemente, la Sala Civil, Comercial y de Minería del Tribunal Superior de Justicia de Río Negro revocó una sentencia favorable a la realización de un mapeo testicular con el fin de extraer el esperma de una persona que se encontraba en estado vegetativo²⁰⁸. Por mayoría, los jueces descartaron la aplicación analógica de la doctrina fijada en «D., M. A.», por falta de semejanza fáctica y de respaldo legal²⁰⁹.

En cualquier caso y más allá de la distinción técnica entre la reconstrucción de la voluntad y el consentimiento por representación, pienso que no es conveniente extrapolar estas figuras al ámbito de la reproducción *post mortem*, porque presentan las siguientes dificultades: a. en la mayoría de los casos, es improbable que exista evidencia suficiente sobre la voluntad de la persona fallecida; b. la posible interferencia de los intereses personales de quienes reconstruyen la voluntad; c. los eventuales conflictos ante opiniones divergentes de los

²⁰⁶ *Ibid.*, consid. 22.

²⁰⁷ Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE y Daniela B. ZABALETA, «Decisiones sobre el fin de la vida en una sentencia de la Corte Suprema», LL 2015-D-114, apartado IV.

²⁰⁸ Véase Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, Sala Civil, Comercial y de Minería, 26-II-2018, «M., J. A. s/ autorización judicial s/ casación», LL AR/JUR/1444/2018 [cita *online*].

²⁰⁹ La plataforma fáctica del caso «D., M. A.» encuadra en el art. 59 del CCCN (el consentimiento por representación al cese de la hidratación y de la alimentación en algunos casos). Por el contrario, la extracción de los gametos de una persona imposibilitada de manifestar su voluntad no tiene respaldo legal alguno.

familiares²¹⁰. Por otro lado, no solo está en juego un acto médico, sino también la filiación resultante, y no es concebible que el estado de familia dependa de institutos cuya aplicación depende del caso concreto.

3.3.2. Excepcionalidad del consentimiento presunto

A los fines de resguardar el principio de la voluntad procreacional, la regulación del consentimiento presunto debería asegurar su excepcionalidad. Como contrapartida, la norma general debería exigir el consentimiento expreso a la reproducción *post mortem*.

Algunos autores proponen una inversión total de la regla, de manera que siempre se presuma el consentimiento, salvo expresa oposición. Así, sería admisible extraer *post mortem* los gametos de todo aquel que no se haya manifestado en contra, sea a través de una directiva anticipada o de la inscripción en un registro de exclusión u *opt-out registry*²¹¹. Entre los argumentos esgrimidos, destaco aquel referido a la inexistencia de derechos y/o intereses de los muertos y a la existencia de derechos y/o intereses de los vivos²¹².

En definitiva, se pretende aplicar a la disposición *post mortem* de gametos el mismo sistema que ya rige para los actos de disposición de órganos y de materiales anatómicos cadavéricos en la mayoría de países de tradición romano-germánica²¹³. Por el contrario, los países del *common law* siguen el denominado *opt-in system* o *consent-based system*²¹⁴, que es objeto de debate desde hace años²¹⁵.

²¹⁰ Cfr. Kelton TREMELLEN y Julian SAVULESCU, «A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception», *Reproductive BioMedicine Online* 30 (2015) 6-13, 9 (los autores distinguen entre *presumed consent* e *implied consent*. A diferencia del primero, el segundo implica reconstruir la voluntad del difunto).

²¹¹ Cfr. *Ibid.*, 11.

²¹² Cfr. *Ibid.*, 9.

²¹³ En España rige el art. 5.2 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, que establece lo siguiente: «La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición».

²¹⁴ Así, por ejemplo, en el Reino Unido este sistema está previsto en la Human Tissue Act 2004 y en la Human Tissue (Scotland) Act 2006. Recientemente, en Gales se aprobó la Human Transplantation (Wales) Act 2013, que receptó el *opt-out system*. Cfr. LAURIE *et al.*, cit., 600 ss.

²¹⁵ Algunos autores consideran que el cambio legislativo en este sentido es necesario pero no suficiente, dado que para lograr las altas tasas de trasplantes cadavéricos que se registran en países como España también serían necesarias otras medidas de fondo (p.ej., infraestructura; recursos; etc.). Cfr. Muireann QUIGLEY *et al.*, «The organs crisis and the Spanish model: theoretical versus pragmatic considerations», *Journal of Medical Ethics* 34:4 (2008) 223-224, 224.

En Argentina, el art. 19 bis de la Ley 24.193 (1993) establece que «la ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado». De este modo, el principio es que pueden extraerse órganos o tejidos de un cadáver, salvo que hubiese manifestación expresa en sentido contrario²¹⁶. Sin embargo, la oposición de los familiares a la extracción de los órganos del difunto conlleva *de facto* la imposibilidad de obtención de los órganos²¹⁷.

En mi opinión, no existe una justificación de fondo para trasplantar esta regla al ámbito de las tecnologías reproductivas, dado que no existen las razones de solidaridad social propias de las donaciones de órganos. En efecto, la peculiaridad de estas últimas es que no dependen solo de los avances técnicos y farmacológicos, sino principalmente de la sociedad²¹⁸. Por el contrario, la extracción cadavérica de gametos favorece solo al otro integrante del proyecto parental, y no a los terceros que necesiten material genético donado. Más aun: las TRHA *post mortem* ni siquiera poseen una finalidad «terapéutica», porque siempre subyace la posibilidad de someterse a una técnica heteróloga.

En Argentina, así como en muchos países latinos, el consentimiento informado es uno de los pilares del sistema jurídico. Este instituto positiviza la autonomía individual, que constituye el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional²¹⁹. En el ámbito de los derechos personalísimos, el consentimiento informado es la piedra angular²²⁰. Recientemente y en razón de la constitucionalización del derecho privado, la autonomía ha

²¹⁶ Cfr. RIVERA y CROVI, cit., 393.

²¹⁷ Cfr. Carlos LASARTE, *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, 11ª ed., Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, I, 200 (el autor se refiere a España, pero su reflexión también vale para Argentina).

²¹⁸ Cfr. Chloë BALLESTÉ, «Donación y trasplantes de órganos y tejidos: ¿altruismo o negocio?», en María CASADO (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, 2ª ed., Edicions UB, Barcelona, 2017, 235-247, 235.

²¹⁹ Cfr. Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 10ª ed. de Luis Martínez de Velasco, Espasa Calpe, Madrid, 1994, 110 (AA IV, 436), cit. por ALEXY, «La dignidad...», cit., 17 (Alexy puntualiza que si bien la formulación kantiana es correcta desde el punto de vista de la teoría moral, desde el punto de vista de la teoría del derecho la protección jurídica de la dignidad humana no se restringe a la protección de la autonomía, aunque la incluye).

²²⁰ A modo de ejemplo, véanse los siguientes artículos del CCCN: art. 53 (derecho a la imagen); art. 55 (disposición de derechos personalísimos); art. 56 (actos de disposición sobre el propio cuerpo); art. 58 (investigaciones en seres humanos); art. 59 (consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud); art. 60 (directivas médicas anticipadas); art. 61 (exequias).

penetrado incluso en el derecho de las familias, un área históricamente sumergida en el orden público. Prueba de ello es la consagración de la voluntad procreacional como fuente de la filiación en casos de TRHA.

En suma, la legalidad de la reproducción *post mortem* debería ser en sí misma excepcional, porque implicaría que la persona haya anticipado su voluntad. Mucho más excepcional sería la flexibilización del consentimiento. Considero que esta última posibilidad debería limitarse a una situación particular, tal como lo explicaré a continuación.

3.3.3. Existencia de embriones crioconservados al tiempo de la muerte

Solo debería admitirse el consentimiento presunto a la transferencia *post mortem* de los embriones crioconservados al tiempo de la muerte²²¹. En cuanto a las demás variantes de reproducción *post mortem* —v.gr., extracción cadavérica y uso de gametos crioconservados—, debería exigirse el consentimiento expreso.

Como es sabido, los óvulos que son fecundados *in vitro* se obtienen luego de una estimulación ovárica que desgasta física y psíquicamente a la mujer, y es por ello que se recurre a la crioconservación de embriones²²². Si el primer ciclo del tratamiento no es exitoso, estarán a disposición otros embriones que podrán implantarse, y se evita una nueva estimulación hormonal.

La existencia de embriones crioconservados al tiempo de la muerte es un indicio objetivo y contundente de la voluntad procreacional del fallecido. Si la persona no revocó el consentimiento, es posible reconocer que el proyecto parental se mantuvo. Así lo explica Farnós Amorós en relación con la legislación española:

A diferencia de lo que ocurre con los gametos, el inicio del proceso de FIVTE con preembriones creados antes de la muerte del hombre se considera suficiente para presumir su consentimiento, por lo que la mujer puede solicitar la implantación de los preembriones dentro

²²¹ La presunción no podría legitimar la creación de nuevos embriones a partir de los ya existentes al tiempo de la muerte. La cuestión no es menor ante la viabilidad técnica de la «gemelación artificial», que permite partir embriones, que serán idénticos entre sí, de modo semejante a lo que ocurre con los gemelos monocigóticos. Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, *Genética y derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003, 119.

²²² La crioconservación implica detener el proceso vital de desarrollo o función de crecimiento orgánico de los embriones, en un medio de cultivo de tejidos que contienen crioprotectores y azúcares para lograr una congelación y formación de cristales adecuados. Las funciones biológicas cesan a la temperatura que presenta el nitrógeno líquido (-196°). Cfr. Roberto Germán ZURRIARÁIN, *Los embriones congelados. Un desafío para la bioética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2007, 37.

de los plazos legales. En estas circunstancias, la determinación de la filiación se basa en la presunción de que si el hombre no revocó el consentimiento otorgado en vida, al morir mantenía la voluntad de continuar el proyecto parental iniciado con su pareja²²³.

De este modo, las partes habrán consentido un «acto dirigido a la gestación» (p.ej., determinados ciclos de reproducción asistida) y un «acto accesorio» (la crioconservación de los embriones sobrantes)²²⁴. Ciertamente, cada vez es más común que los impresos incluyan cláusulas sobre el destino de los embriones en caso de muerte y de otras contingencias²²⁵. Así, por ejemplo, la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) facilita un modelo de consentimiento a la «fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y congelación embrionaria», cuyo «anexo para el esposo/pareja o para el varón no casado» contiene el siguiente formulario²²⁶:

D _____, mayor de edad, provisto de DNI nº _____ en este acto presto mi consentimiento a que en el caso de que falleciera con anterioridad a que mi material reproductor se halle en el útero de Dña _____, pueda ésta, en los 12 meses siguientes a mi fallecimiento, proceder a fecundarse con el mismo, y que se determine la filiación del hijo nacido conmigo.
En _____ a _____ de _____ de _____
Fdo. D/Dª. _____
Firma del Médico

En el formulario se emplea el concepto de «material reproductor», en consonancia con el art. 9 de la LTRHA. Para un sector académico, este término incluye tanto gametos como embriones²²⁷. Sin embargo, luego se recurre al verbo «fecundar», que no aplica a los embriones crioconservados, dado que en estos supuestos la fecundación fue necesariamente anterior a la muerte. En cualquier caso, rige el consentimiento presunto a la transferencia

²²³ FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento...*, cit., 249.

²²⁴ Se trata del doble objeto que puede tener el consentimiento a las TRHA. Cfr. *Ibid.*, 78.

²²⁵ Cfr. *Ibid.*, 79.

²²⁶ Véase SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y congelación embrionaria. Documento de consentimiento», disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento4.pdf> (última visita el 17-V-2018).

²²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 325.

embrionaria *post mortem* (art. 9.2, LTRHA), aspecto legal que según la SEF debe ser informado a los usuarios²²⁸.

El dilema surge cuando no hay una manifestación favorable o contraria. No obstante, la presunción no implica prescindir del consentimiento, porque este ya fue otorgado al momento de consentir las TRHA y el destino de los embriones²²⁹.

Otra de las ventajas de esta regla es que resuelve los supuestos en los que los embriones crioconservados representan para la persona sobreviviente la única posibilidad de engendrar un hijo genéticamente propio. Es lo que ocurre cuando las mujeres extraen sus óvulos porque luego no podrán generarlos (p.ej., en razón de la futura extirpación de los ovarios)²³⁰. Si bien en la actualidad es factible la congelación de ovocitos²³¹, la crioconservación de embriones es menos compleja, y por eso muchas mujeres optan por esta última opción cuando comparten su proyecto parental con otra persona.

En otro orden de ideas, hay datos empíricos que demuestran el apoyo de la sociedad argentina a la transferencias embrionarias *post mortem*. Así, 229 usuarios de TRHA fueron consultados acerca de si, ante la muerte de uno de los integrantes del proyecto parental, estaría de acuerdo con que se permita a la mujer implantarse el o los embriones crioconservados: el 70% respondió afirmativamente, el 14% manifestó no saber, el 6% sujetó la posibilidad al consentimiento de ambas partes, el 5% se opuso, el 2% sostuvo que es una decisión de cada pareja y el 3% no se pronunció al respecto²³².

²²⁸ Véase SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y criopreservación de embriones. Documento informativo», disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento3.pdf> (última visita el 18-V-2018).

²²⁹ Cfr. Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, «La reproducción artificial *post mortem* en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista Boliviana de Derecho* 20 (2015) 292-323, 312 (para la autora, la objeción más grave a la presunción es que en sentido estricto no hay un consentimiento específico, aunque comparte la determinación legislativa, dada la existencia de un preembrión, que es un concebido y no nacido).

²³⁰ Estos fueron los hechos del caso *Evans v. The United Kingdom...*, cit.

²³¹ Sobre los progresos de la congelación de ovocitos y su recepción legislativa en España, véase María CASADO (coord.), *Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida*, Observatori de Bioètica i Dret - Parc Científic de Barcelona, Barcelona, 2008, 185 y ss.

²³² Cfr. María SCARDINO, «Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. La mirada de usuarios y especialistas (Parte II)», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* 70 (2015) 313-332, apartado III.

En resumen, admitir el consentimiento presunto solo en los casos de embriones crioconservados significa compartir, junto con el legislador español, la idea de que la transferencia embrionaria *post mortem* no es sino la culminación del proceso de procreación asistida²³³. Se trata de asumir la complementariedad técnica entre la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones (FIVTE).

3.3.4. Embriones formados con material genético de la persona fallecida

En general, las legislaciones que regulan la reproducción *post mortem* exigen el consentimiento expreso del fallecido (elemento volitivo) y también que este sea el titular de los gametos utilizados (elemento genético)²³⁴. En otras palabras, las TRHA *post mortem* siempre son homólogas en relación con el difunto. A mi entender, esto tiene una razón de ser concreta, que comentaré seguidamente.

El modelo de filiación aplicable a las TRHA no presupone la conexión biológica y/o genética entre progenitores e hijos. Por el contrario, el sistema gira en torno a la socioafectividad, que es «... aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo»²³⁵.

Sin embargo, este esquema se despliega parcialmente en las TRHA *post mortem*. Evidentemente, la voluntad de parentalidad del fallecido no podrá reafirmarse una vez que nazca el hijo. Es sabido que el vínculo emocional o psicológico que cada niño establece con sus progenitores depende de la atención cotidiana de cada uno de ellos a las necesidades fundamentales: cuidados físicos, alimento, confort, afecto y estimulación²³⁶. Esta relación solo podrá ser concretada por la persona sobreviviente.

Desde una perspectiva constructivista, «la acción de compartir afectos, memorias y cuidados se pone en el centro del parentesco»²³⁷. Sin embargo, la filiación *post mortem* no se ajusta plenamente a esta idea, dado que si bien el difunto fue titular de un deseo de descendencia,

²³³ Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «La reproducción...», cit., 313.

²³⁴ Una excepción es la legislación británica. Me remito al capítulo 1.5.1.

²³⁵ Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI, «Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto», *Actualidad Jurídica* 200 (2010) 57-64, 59 [Lima, Perú].

²³⁶ Cfr. SAP de Barcelona de 20 de noviembre de 2017, FJ 1.

²³⁷ Cfr. BESTARD, cit. 87.

luego este no podrá entablar un vínculo inmaterial con el hijo. De allí que las legislaciones se apoyen también en el dato genético y, por tanto, en un presupuesto estático.

En suma, está justificada la doble exigencia de los elementos volitivo y genético. Si sobrasen embriones crioconservados que no se identifican genéticamente con el difunto, el otro integrante del proyecto parental podría continuar la técnica, pero sin pretender luego que nazca una relación filial entre el nacido y el fallecido.

3.3.5. Obligada perspectiva de género

El «género» es objeto de estudio desde hace numerosos años, y ha protagonizado un desarrollo conceptual notable. La dimensión académica del tema nació en el marco de los Women's Studies norteamericanos de finales de la década de 1960 y principios de la década de 1970. Más tarde se desarrollaron los Gender Studies y recién a mediados de la década de 1990 aparecieron los estudios *queer*²³⁸.

El presupuesto de la teoría *queer* es que «... el género es una construcción social que permite repensar las identidades independientemente de la lógica binaria de los sexos y la matriz heterosexual de la ley»²³⁹. Es una de las expresiones académicas del rechazo posmoderno a aquellas dicotomías que habían servido para apuntalar la noción fija del sujeto en la modernidad (p.ej., naturaleza y cultura; hombre y mujer; etc.)²⁴⁰.

Desde la ciencia jurídica se aboga por una teoría *queer* del derecho, entendida como «... una teoría de la justicia individual que integra en el universo jurídico a todas las personas sin considerarlas en función de su *sexo-género-sexualidad*, categorías éstas desprovistas de pertinencia jurídica»²⁴¹.

²³⁸ Cfr. Teresa DE LAURETIS, «Género y teoría *queer*», *Mora. Revista del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género* 21 (2015) 107-118, 107 y 108.

²³⁹ Cfr. Daniel BORRILLO, «O sexo e o Direito: a logica binária dos gêneros e a matriz heterosexual da Lei», *Meritum. Revista de Direito da Universidade FUMEC* 5:2 (2010) 289-321, cit. por *idem*, «Por una Teoría Queer del Derecho de las personas y las familias», *Direito, Estado e Sociedade* 39 (2011) 27-51, 29.

²⁴⁰ Cfr. LLOREDO ALIX, cit., 271.

²⁴¹ BORRILLO, cit., 32 (el autor explica algunos fenómenos que son consecuencia de esta teoría: desacralización de la sexualidad; desexualización del sujeto de derecho; desheterosexualización del matrimonio; desbiologización de la filiación; contractualización de los vínculos familiares. Algunos ya son una realidad en Argentina, mientras que otros están en desarrollo).

Ciertamente, estas formulaciones teóricas son el eje de un debate profundo, dado que parten de una concepción antropológica radicalmente diferente de la judeocristiana, que desde siempre acompañó a la historia de Occidente.

Sin embargo, es indiscutible la reciente apertura del sistema jurídico argentino a la perspectiva de género. En este sentido, las relaciones de familia constituyen la rama más conmovida, especialmente a partir de ciertos hitos legislativos previos a la sanción del CCCN: Ley 26.618 (2010), conocida como ley de «matrimonio igualitario»; Ley 26.743 (2012) de identidad de género; Ley 26.862 (2013) de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida²⁴²; Ley 26.061 (2005) de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; Ley 26.485 (2009) de protección integral a las mujeres²⁴³.

Todo este *corpus* delimitó las bases de la última codificación. A los fines de garantizar la coherencia sistémica, la regulación de la reproducción *post mortem* también debería asumir la perspectiva de género y, por tanto, no distinguir en razón de esta categoría. En relación con el consentimiento presunto, bastaría con que los embriones crioconservados posean el material genético de la persona fallecida. Desde ya que esta opción legislativa comportaría un nexo normativo con la gestación por sustitución, dado que el recurso a esta figura es inevitable si la persona sobreviviente no tiene capacidad gestacional.

Finalmente, queda claro que sobre este punto no es trasplantable en Argentina el art. 9 de la LTRHA, que se limita a la premoriencia del marido o del varón no unido por vínculo matrimonial.

3.4. LA VENTAJA PRÁCTICA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO EN RELACIÓN CON EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN *IN VITRO*

El consentimiento presunto a las transferencias embrionarias *post mortem* se relaciona con el debate acerca del estatuto jurídico del embrión *in vitro*. Esta conexión es palpable en España, cuya comunidad académica reflexiona sobre del fundamento del art. 9.2 de la LTRHA: o

²⁴² Esta norma garantiza el acceso integral a las TRHA independientemente de la orientación sexual y/o estado civil del beneficiario (art. 7). Me remito a la nota 103.

²⁴³ Cfr. Marisa HERRERA y Martina SALITURI AMEZCUA, «El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros», *Revista de Derecho. Universidad del Norte* 49 (2018) 42-75, 44.

bien el legislador pretendió proteger al embrión a partir del facilitamiento de su transferencia o bien permitir a la viuda culminar un proyecto de vida compartido ante la no oposición o prohibición expresa del fallecido²⁴⁴.

En mi opinión, el instituto se funda en ambos intereses²⁴⁵. Como he argumentado en este capítulo, la presunción de consentimiento parte de la idea de que existe un proceso de FIVTE inconcluso. Así, se garantiza que la persona sobreviviente no vea frustrado el proyecto parental consentido por ambas partes. Sin embargo, también es una propuesta tuitiva de los embriones, de manera que concilia las distintas tesis sobre el estatuto jurídico de estos. A continuación, me detendré en este último tema a partir de la legislación argentina y del bloque convencional vigente en Latinoamérica.

El comienzo de la existencia de la persona está previsto en el art. 19 del CCCN, que dispone lo siguiente: «La existencia de la persona humana comienza con la concepción». De este modo, se ha conservado la fórmula del Código Civil de 1871, cuyo art. 70 rezaba: «Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...»²⁴⁶.

La norma es consecuencia de la constitucionalización del derecho privado. En efecto, la tutela del derecho a la vida desde la concepción emana de los siguientes instrumentos internacionales:

- a. CADH. El art. 4.1 preceptúa: «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».
- b. Convención sobre los Derechos del Niño. El art. 1 establece que «... se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...». A través del art. 2 de la Ley 23.849 (1990), por la que se aprobó el instrumento citado, Argentina formuló la siguiente declaración: «Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse

²⁴⁴ Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 331.

²⁴⁵ Me refiero al consentimiento presunto en sentido abstracto, mas no al art. 9.2 de la LTRHA.

²⁴⁶ El art. 19 suprimió la locución «seno materno». Ello se debe a que en virtud de la Ley 26.743 (2012) una persona puede cambiar su género sin someterse a una intervención quirúrgica (una persona reconocida jurídicamente como varón podría gestar). Cfr. Marisa HERRERA, «Artículos 19 a 21», en Ricardo Luis LORENZETTI (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, I, 87-104, 99.

en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad».

Históricamente, se ha entendido que la concepción se produce cuando el espermatozoide fecunda el óvulo²⁴⁷. De hecho, esta postura fue defendida por la CSJN en «Portal de Belén», al ordenarle al Estado nacional que deje sin efecto la autorización para la fabricación, la distribución y la comercialización de la «anticoncepción de emergencia» por sus potenciales efectos abortivos²⁴⁸. Sin embargo, las tecnologías reproductivas revelan de manera nunca antes vista el desarrollo embrionario, y es por eso que la ciencia ha reavivado el debate acerca de cuándo hay concepción firme y verdadera en estos casos²⁴⁹.

Este tema fue abordado por la Corte IDH en la sentencia «Artavia Murillo»²⁵⁰, cuya doctrina es obligatoria para todos los Estados sujetos a su jurisdicción²⁵¹. Por mayoría, los jueces sostuvieron que el embrión *in vitro* no es persona para efectos del art. 4.1 de la CADH, y que la «concepción» en el sentido de esa norma tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero²⁵². Así, el art. 19 del CCCN debe interpretarse conforme a los estándares de «Artavia», aunque ya se registran algunas resistencias jurisprudenciales²⁵³.

El caso «Artavia» es un claro ejemplo de que cuando no es posible el espontáneo acuerdo, la discusión la zanja el derecho²⁵⁴. Desde ya que el debate de fondo subsistirá, y quienes defiendan la personalidad del «ser humano en estado embrionario» insistirán²⁵⁵.

²⁴⁷ Cfr. Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, I, 506.

²⁴⁸ Véase CSJN, 5-III-2002, «Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo», Fallos 325:292.

²⁴⁹ Cfr. Santos CIFUENTES, *Elementos de derecho civil. Parte general*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, 108.

²⁵⁰ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo...*, cit. (sobre los hechos del caso, me remito a la nota 36).

²⁵¹ Sobre el debate acerca de si las sentencias de la Corte IDH son también vinculantes para los Estados ajenos a la controversia, me remito a la nota 112.

²⁵² Cfr. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo...*, cit., párr. 264.

²⁵³ Con un criterio que no comparto, dos altos tribunales provinciales defendieron el carácter no vinculante de «Artavia» para Argentina. Véase Cámara Federal de Apelaciones de Salta, 8-VII-2013, «L. O., A. y otros c/ Swiss Medical s/ amparo», LL 2013-D-599; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 30-VII-2014, «L., E. H. c/ O.S.E.P. s/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.», JA 2015-III-755.

²⁵⁴ Cfr. María CASADO, «Bioética y Derechos Humanos: sobre la bioética como herramienta para la Democracia», *Ius et Veritas* 53 (2016) 172-180, 174.

²⁵⁵ Esta es la expresión que utiliza Daniel A. HERRERA, «El estatuto del ser humano en estado embrionario en el proyecto de Código Civil», *Prudentia Iuris* 74 (2012) 15-26.

Ahora bien, pese a que el embrión no es persona, su potencialidad lo hace merecedor de un mínimo grado de protección²⁵⁶. De allí que la biología contemporánea haya puesto en jaque el tradicional binomio persona-cosa²⁵⁷. En esta sintonía, la disposición transitoria segunda del CCCN reza: «La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial». Esta norma refuerza la idea de que el embrión no es persona —ni cosa—, dado que en ese caso se lo regularía en el mismo CCCN y no en una ley especial²⁵⁸.

En otro orden de ideas, la sensibilidad de la sociedad argentina hacia el embrión es empíricamente comprobable²⁵⁹: de 229 usuarios de TRHA encuestados, el 44% consideró que los embriones son personas, mientras que un 37% afirmó que no lo son y el 19% no supo o no respondió la pregunta²⁶⁰.

En razón de lo expuesto, sostengo que la regulación del consentimiento presunto a las transferencias embrionarias *post mortem* es una propuesta compatible con las diversas tesis en la materia. A la vez, se presenta como un criterio legislativo consciente de las reservas éticas de muchas personas ante el destino de los embriones sobrantes.

3.5. LA APLICACIÓN EN SENTIDO NEGATIVO DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Ciertamente, los consentimientos deben referirse a la reproducción *post mortem* y a la filiación consecuente. Lamentablemente, la jurisprudencia da cuenta de que muchos centros de salud aun no toman los recaudos suficientes. Incluso algunos jueces lo justifican con la idea de que «... esa exigencia o mención en los formularios preimpresos que suelen utilizarse

²⁵⁶ Cfr. Esther FARNÓS AMORÓS, «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», en Glenn COHEN y Esther FARNÓS AMORÓS, *Derecho y tecnologías reproductivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 99-139, 101, nota 4.

²⁵⁷ Cfr. Salvador D. BERGEL, «Aspectos éticos y jurídicos de la comercialización de partes separadas del cuerpo humano», *Revista Bioética* 21:2 (2013) 199-206, 201.

²⁵⁸ Cfr. Eleonora LAMM, «El embrión *in vitro* en el Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico», en Marisa GRAHAM y Marisa HERRERA (dirs.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, 2ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, 413-447, 416.

²⁵⁹ Se señala que, por diversas razones, en Latinoamérica todavía reina una «embriolatría». Cfr. Florencia LUNA, «Y pasó un decenio: reproducción asistida y “sabor local”. Contexto y mujer en Latinoamérica», en CASADO y ROYES (coords.), cit., 215-231, 230.

²⁶⁰ Cfr. María SCARDINO, «Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. La mirada de usuarios y especialistas (Parte I)», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* 68 (2015) 363-388, apartado VI.

en las instituciones [la referencia a la reproducción *post mortem*] resultaría de un gran impacto para el común de la gente...»²⁶¹.

Es conveniente que la futura legislación especial de TRHA precise el contenido mínimo de los consentimientos. Así, se reduciría la litigiosidad, se afianzaría el principio de la voluntad procreacional y se tendería a cierta unificación nacional de la práctica clínica. Al respecto, tampoco puede obstaculizar la eventual desaprobación de la reproducción *post mortem* por parte del centro interviniente²⁶². Por el contrario, obviar información sobre este punto podría generar responsabilidad civil²⁶³.

Ahora bien, la funcionalidad del consentimiento presunto no desaparecería aunque todos los centros exigiesen manifestación expresa. En efecto, la aplicación de la regla no solo sería positiva, sino también negativa, dado que descartaría la legalidad de los casos no contemplados.

De aceptarse la regulación del consentimiento presunto en los términos propuestos, quedaría fuera del ámbito objetivo de la norma la extracción cadavérica de gametos no consentida. En Argentina, esta posibilidad está vedada por el artículo 56 del CCCN²⁶⁴, que transcribo a continuación:

Artículo 56. Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable²⁶⁵.

²⁶¹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 87, cit., consid. VIII.

²⁶² Cfr. PENNINGS *et al.*, cit., 3051.

²⁶³ Cfr. STSJ de Madrid de 16 de junio de 2003, FJ 5.

²⁶⁴ Cfr. Marisa HERRERA, «Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2017) 1-21, 9.

²⁶⁵ El artículo 56 forma parte del capítulo tercero «Derechos y actos personalísimos» del título primero «Persona humana» del libro primero «Parte general».

Así, la disposición de gametos es un acto de disposición del propio cuerpo no prohibido, pero el tercer párrafo del artículo no permite suplir el consentimiento.

Al régimen de los derechos personalísimos se suman las reglas de filiación que exigen el elemento volitivo, cuya ausencia es evidente. Tampoco podría justificarse una extracción de estas características so pretexto de que las partes estaban sometidas a un tratamiento, porque ello no es un indicio suficiente de la voluntad del difunto.

En otro orden de ideas, no cabe presumir el consentimiento por la sola circunstancia de haber gametos crioconservados. La hipótesis problemática se da cuando el varón —o la mujer— no consiente el uso de sus gametos, pero tampoco lo prohíbe²⁶⁶. Sucede que no necesariamente una persona crioconserva su material genético porque comparte un proyecto parental con otra. Muchas veces la crioconservación no es accesoria a las TRHA e incluso el sujeto no pretende procrear en un futuro cercano. Por otra parte, los gametos constituyen una muestra biológica que solo se identifica con el difunto, a diferencia de los embriones, cuya distinta entidad ontológica provoca a la vez un distinto grado de interés de la otra parte.

Tampoco puede interpretarse que la sola preexistencia de una relación afectiva suponga un proyecto parental, porque la finalidad de la «alianza» —esté o no institucionalizada— no es necesariamente procreativa.

Asimismo, es necesario que la legislación no de margen a las pretensiones de quienes pretenden reproducirse con los gametos del difunto sin haber compartido un proyecto parental con este. En el derecho comparado se registran casos muy complejos desde la perspectiva bioética, como aquellos en los que media un vínculo de parentesco entre los implicados²⁶⁷.

En suma, el principio de la voluntad procreacional reclama una admisión restrictiva del consentimiento presunto. Ciertamente, pueden darse situaciones en las que el elemento volitivo sea concluyente pero exista algún defecto formal en el consentimiento que genere reparos en el equipo médico. Es lo que ocurre cuando el fallecido ha consentido el retiro *post mortem* de sus gametos por parte de su esposa y/o pareja pero luego se le niega a esta el uso

²⁶⁶ Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, cit., 329.

²⁶⁷ En febrero de 2016 la Justicia británica autorizó a una mujer a utilizar en una reproducción asistida los óvulos crioconservados de su hija fallecida. Véase la reseña de HERRERA, «Filiación *post mortem*...», cit., 15.

reproductivo²⁶⁸. Si bien es cierto que a mayor cantidad de reglas menor es la discrecionalidad judicial²⁶⁹, siempre un juez podrá resolver un caso semejante luego de ponderar prudentemente.

²⁶⁸ Véase la «tercera sentencia» reseñada en el segundo apartado de este capítulo.

²⁶⁹ Un ejemplo de un caso sobre reproducción *post mortem* resuelto a través de la subsunción del supuesto de hecho en la norma es la SAP de Barcelona de 16 de septiembre de 2004, FJ 3.

CONCLUSIONES

1. *No es jurídicamente viable en Argentina la prohibición de las TRHA post mortem.* Detrás de las consideraciones bioéticas sobre la reproducción *post mortem*, subyace un debate sobre la admisibilidad de las familias originariamente monoparentales. En Argentina, estas últimas han sido reconocidas a partir de la legalización del acceso unilateral a la adopción y a la reproducción asistida. A la vez, este modelo familiar también goza de tutela convencional, gracias a la interpretación evolutiva del concepto de familia que ha desarrollado la Corte IDH. De este modo, no es jurídicamente viable en Argentina la prohibición de las TRHA *post mortem*, que constituyen otra de las vías de acceso a la monoparentalidad originaria.

2. *La exclusión de la filiación post mortem del CCCN implicó su desregulación.* Los principios de constitucionalización del derecho privado y de democratización de la familia inspiraron la última codificación argentina. Una de las novedades más importantes es la recepción de la voluntad procreacional como fuente de vínculo filial en los casos de TRHA. En este sentido, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la filiación *post mortem*, aunque finalmente fue excluida del texto final, y ello implicó su desregulación. En cualquier caso, la norma proyectada era sumamente restrictiva y no contemplaba el consentimiento presunto en ningún supuesto.

3. *La judicialización de las TRHA post mortem en Argentina ha aumentado en los últimos años, y en ese contexto se ha reconocido la virtualidad del consentimiento presunto.* En Argentina, la desregulación ha provocado la judicialización de este tipo de técnicas. Si bien las plataformas fácticas de los casos varían, existe un denominador común: la ausencia de un consentimiento específico. La mayoría de las sentencias ha autorizado la aplicabilidad *post mortem* de las TRHA con fundamento en el consentimiento presunto del fallecido. Al respecto, caben dos observaciones: a. no hay una construcción conceptual clara de la figura; b. subsiste la inseguridad jurídica en torno a la filiación de los nacidos.

4. *Al regular las TRHA post mortem en Argentina, debería contemplarse el consentimiento presunto bajo ciertos criterios que garanticen la voluntad procreacional.* Excepcionalmente, debería presumirse *iuris tantum* el consentimiento del difunto a las transferencias de los embriones generados con el material genético de este y crioconservados al tiempo de la muerte, independientemente del género de los integrantes del proyecto parental. Este último

aspecto presupone una alianza con la gestación por sustitución, que es necesaria si la persona sobreviviente no posee capacidad gestacional. A la vez, también debería establecerse una simetría normativa entre reproducción y filiación *post mortem*, de manera que ambos aspectos no puedan dissociarse.

5. *El primer fundamento del consentimiento presunto a las transferencias embrionarias post mortem es el derecho a fundar una familia de la persona sobreviviente conforme a su proyecto parental originario.* Existe una complementariedad técnica e intrínseca entre la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones (FIVTE). De este modo, el consentimiento presunto no se refiere al inicio de un tratamiento de reproducción asistida, sino más bien a su culminación. Así, se garantiza el derecho a fundar una familia de la persona sobreviviente conforme a las expectativas reproductivas ínsitas al proyecto parental originariamente consentido por ambas partes.

6. *El segundo fundamento del consentimiento presunto a las transferencias embrionarias post mortem es el mínimo grado de protección que merecen los embriones, independientemente de su estatuto jurídico.* La Corte IDH interpretó que el embrión *in vitro* no es persona en los términos de la CADH, y esta doctrina es vinculante para todos los Estados sujetos a su jurisdicción. Sin embargo, es probable que el debate de fondo continúe. En cualquier caso, hay consenso acerca del mínimo grado de protección que merecen los embriones, en razón de su potencialidad. Ello se condice con cierta sensibilidad social sobre el destino de los embriones sobrantes. Al facilitar su transferencia, la regulación del consentimiento presunto es una opción legislativa que concilia las diversas tesis en la materia y que asume las reservas éticas de muchas personas.

7. *El consentimiento presunto no solo se aplicaría en sentido positivo, sino también en sentido negativo.* Es conveniente que los centros de salud incorporen en los consentimientos informados cláusulas sobre las TRHA *post mortem* y la filiación resultante. Sin embargo, la funcionalidad del consentimiento presunto en los términos propuestos persistiría, dado que su aplicación negativa descartaría la legalidad de otros supuestos —v.gr., extracciones cadavéricas de gametos y uso reproductivo *post mortem* de material genético crioconservado—. La admisibilidad de estas variantes de reproducción *post mortem* debería sujetarse al consentimiento expreso.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho civil, IV. Derecho de familia*, 6ª ed., José María Bosch, Barcelona, 1994.
- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, I.
- BERNATH, Viviana, *ADN. El detector de mentiras*, 1ª ed., Debate, Buenos Aires, 2011.
- BOSSERT, Gustavo E. y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2016.
- CASADO, María (coord.), *Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida*, Observatori de Bioètica i Dret - Parc Científic de Barcelona, Barcelona, 2008.
- CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- CIPPITANI, Roberto, *Construcción del Derecho Privado en la Unión Europea: Sujetos y Relaciones Jurídicas*, Editorial Juruá, Lisboa, 2017.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Cómo hacer una tesis en Derecho. Curso de metodología de la investigación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, ed., trad. y notas de Jorge Sánchez Cordero, 11ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2010.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.
- JORQUI AZOFRA, María, *Análisis genéticos en el ámbito asistencial: reflexión ético-jurídica*, Comares, Granada, 2010.

- LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, Educa, Buenos Aires, 2011.
- LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, 11^a ed., Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, I.
- LAURIE, Graeme T. *et al.*, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 10th ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- PALACIOS, Marcelo, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "In Vitro" y la Inseminación Artificial Humanas*, Congreso de los Diputados - Secretaría General, Madrid, 1986.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *El Derecho Europeo de Familia*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel, *Derecho Civil. Parte General*, 1^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016.
- RODOTÀ, Stefano, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2010.
- , *El derecho a tener derechos*, trad. de José Manuel Revuelta, Trotta, Madrid, 2014.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Genética y derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, 10^a ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, I.
- TOLLER, Fernando M., *Sistema de citas y redacción en Derecho. Manual hispanoamericano*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- WARNOCK, Mary (chairman), *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, rep., Her Majesty's Stationery Office, London, 1988.

ZURRIARÁIN, Roberto Germán, *Los embriones congelados. Un desafío para la bioética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2007.

Capítulos de libro

ARIAS OSPINA, Felipe y GALINDO VILLARREAL, Juliana, «El sistema interamericano de derechos humanos», en BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo *et al.* (coords.), *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, 131-163.

BALLESTÉ, Chloë, «Donación y trasplantes de órganos y tejidos: ¿altruismo o negocio?», en CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, 2ª ed., Edicions UB, Barcelona, 2017, 235-247.

BOURDIEU, Pierre, «Elementos para una sociología del campo jurídico», en *idem* y TEUBNER, Gunther, *La fuerza del derecho*, estudio preliminar y trad. de Carlos Morales de Setién Ravina, Siglo del Hombre Editores - Ediciones Uniandes - Instituto Pensar, Bogotá, 2000, 153-220.

CASADO, María, «Nuevo Derecho para la nueva genética», en *idem* (ed.), *Bioética, Derecho y Sociedad*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2015, 47-65.

DÍAZ ROMERO, María del Rosario, «Técnicas de reproducción asistida y filiación», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema (coord.), *Derecho de Familia*, 1ª ed., Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2012, 1665-1714.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», en COHEN, Glenn y FARNÓS AMORÓS, Esther, *Derecho y tecnologías reproductivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 99-139.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Artículo 9. Premoriencia del marido», en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dir.) e INIESTA DELGADO, Juan José (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 305-352.

- FRITH, Lucy, «Reproductive Technologies», en CHADWICK, Ruth (ed.), *The Concise Encyclopedia of the Ethics of New Technologies*, Academic Press, San Diego, 2001, 351-362.
- HERRERA, Marisa, «Artículos 19 a 21», en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, I, 87-104.
- , LAMM, Eleonora, «Artículos 558 a 593», en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída *et al.* (dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, II, 395-892.
- INIESTA DELGADO, Juan José, «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (coords.), *Tratado de Derecho de la Familia*, 1ª ed., Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2011, V, 735-860.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Capítulo introductorio», en *idem et al.* (dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, I, 9-94.
- KRASNOW, Adriana Noemí, «Capítulo I. La filiación y sus fuentes», en *idem* (dir.), *Tratado de Derecho de Familia, e-book*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, III.
- LAMM, Eleonora «El embrión *in vitro* en el Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico», en GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa (dirs.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, 2ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, 413-447.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario jurídico», en OCHOA, Carmen (dir. científ.) y LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir. jco.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, 126-155.
- LOYARTE, Dolores, «Fecundación asistida», en GARAY, Oscar E. (coord.), *Bioética en Medicina*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 149-180.

- LUNA, Florencia, «Y pasó un decenio: reproducción asistida y “sabor local”. Contexto y mujer en Latinoamérica», en CASADO, María y ROYES, Albert (coords.), *Sobre bioética y género*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2012, 215-231,
- MASTROIANNI Jr., Luigi, «Reproductive Technologies: Introduction», en REICH, Werren Thomas (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, rev. ed., Simon & Schuster Macmillan, New York, 1995, 4, 2207-2212.
- NAVARRO-MICHEL, Mónica, «Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos», en CASADO, María y ROYES, Albert (coords.), *Sobre bioética y género*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2012, 155-179.
- OCHOA, Carmen, «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario científico», en *idem* (dir. científ.) y LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir. jco.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, 123-126.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Artículo 235-8. La fecundación asistida de la mujer casada», en ROCA TRÍAS, Encarnación (coord. gral.) y ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coord. de vol.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Madrid, 2011, 1017-1023.
- SAMBRIZZI, Eduardo, «La fecundación *post mortem*», en LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, 1ª ed., El Derecho, Buenos Aires, 2012, 325-332.
- SINGER, Peter, «New Assisted Reproductive Technology», en *idem* y KUHSE, Helga (eds.), *Bioethics: An Anthology*, rep., Blackwell, Oxford, 2000, 99-102.
- STEPHENS, Pamela J., «The Right to Reproduce and International Law», en CASONATO, Carlo (ed.), *Life, Technology and Law. Second Forum for Transnational and Comparative Legal Dialogue*, CEDAM, Padova, 2007, 97-113.
- VALLS, Ramón, «Ética para la Bioética», en CASADO, María (ed.), *Bioética, Derecho y Sociedad*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2015, 15-30.

Artículos

- AHLUWALIA, Usha y ARORA, Mala, «Posthumous Reproduction and Its Legal Perspective», *International Journal of Fertility and Fetal Medicine* 2:1 (2011) 9-14.
- ALEXY, Robert, «El no positivismo incluyente», trad. de María Claudia Quimbayo Duarte, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 36 (2013) 15-23.
- , «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad», trad. de Alfonso García Figueroa, *Parlamento y Constitución. Anuario* 16 (2014) 9-28.
- ATIENZA, Manuel, «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho* número extra, recopilatorio especial (2015) 3-11.
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Manuela y SÁNCHEZ MANZANARES, Arancha, «¡Quiero ser madre! Las técnicas de reproducción humana asistida como vía de acceso a la maternidad en solitario», *Cuestiones de Género: de la Igualdad y la Diferencia* 10 (2015) 258-282.
- BASSET, Úrsula C., «La democratización de la filiación asistida», LL 2014-F-609.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Reproducción asistida *post mortem*», *Aranzadi Civil* 2 (2001) 2165-2167.
- BERGEL, Salvador D., «Aspectos éticos y jurídicos de la comercialización de partes separadas del cuerpo humano», *Revista Bioética* 21:2 (2013) 199-206.
- BESTARD, Joan, «Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social», *Revista de Antropología Social* 18 (2009) 83-95.
- BORRILLO, Daniel, «Por una Teoría Queer del Derecho de las personas y las familias», *Direito, Estado e Sociedade* 39 (2011) 27-51.
- CASADO, María, «Bioética y Derechos Humanos: sobre la bioética como herramienta para la Democracia», *Ius et Veritas* 53 (2016) 172-180.
- CASTRO, Rosa J., «Mitochondrial replacement therapy: the UK and US regulatory landscapes», *Journal of Law and the Biosciences* 3:3 (2016) 726–735.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, «Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial», *Revista Chilena de Derecho* 19 (1992) 439-460.

- DE LA TORRE, Natalia y UMAN, Nadia, «Fecundación *post mortem*, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* III (2012) 122-134.
- DE LA TORRE, Natalia, «Técnicas caseras de inseminación en Argentina: Cómo resolver la filiación», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 35 (2017) 323-344.
- DE LAURETIS, Teresa, «Género y teoría *queer*», *Mora. Revista del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género* 21 (2015) 107-118.
- ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, «Posthumous collection and use of reproductive tissue: a committee opinion», *Fertility and Sterility* 99:7 (2013) 1842-1845.
- FAMÁ, María Victoria, «La filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida», LL AP/DOC/68/2014 [cita *online*].
- FARNÓS AMORÓS, Esther, «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*», *Revista de Bioética y Derecho* 36 (2016) 93-111.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y HERRERO OVIEDO, Margarita, «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52 (2018) 67-89.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, «Filiación *post mortem* y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar», LL 2016-D-542.
- , «Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad», LL 2017-B-820.
- HERRERA, Daniel A., «El estatuto del ser humano en estado embrionario en el proyecto de Código Civil», *Prudentia Iuris* 74 (2012) 15-26.
- HERRERA, Marisa, «Cuando los Derechos Humanos interpelan las relaciones de familia: La legislación civil al banquillo», *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social* 11 (2016) 31-46.

- , «Los cambios legislativos como motor para la deconstrucción de la enseñanza del derecho de las familias. Reformar para transformar», *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho* 29 (2017) 79-118.
- , «Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2017) 1-21.
- , SALITURI AMEZCUA, Martina, «El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros», *Revista de Derecho. Universidad del Norte* 49 (2018) 42-75.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída *et al.*, «Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida», *Revista Derecho Privado* 1 (2012) 3-45 [Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Argentina].
- KRASNOW, Adriana Noemí, «La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad», *Revista de Derecho Privado* 32 (2017) 175-217 [Universidad Externado de Colombia].
- LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás y ZABALETA, Daniela B., «Decisiones sobre el fin de la vida en una sentencia de la Corte Suprema», LL 2015-D-114.
- LAMM, Eleonora, «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho* 24 (2012) 76-91.
- LANNI, Sabrina, «Entrevista con Aída Kemelmajer de Carlucci sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Entre la tradición y la innovación del derecho civil codificado», *Revista de Derecho Privado* 30 (2016) 371-377 [Universidad Externado de Colombia].
- LENOIR, Noëlle, «Biotechnology, Bioethics and Law: Europe's 21st Century Challenge», *The Modern Law Review* 69:1 (2006) 1-6.

- LLOREDO ALIX, Luis, «Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 40 (2017) 249-278.
- NALDINI, Manuela y LONG, Joëlle, «Geographies of Families in the European Union: A Legal and Social Policy Analysis», *International Journal of Law, Policy and the Family* 31 (2017) 94-113.
- OMBELET, Willem y VAN ROBAYS, Johan, «Artificial insemination history: hurdles and milestones», *Facts, Views and Vision in Obstetrics and Gynaecology* 7:2 (2015) 137-143.
- PENNINGS, Guido *et al.*, «ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction», *Human Reproduction* 21:12 (2006) 3050–3053.
- PÉREZ, Agustina, «Fertilización *post mortem*: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país», JA 2014-I-1484.
- , «Fertilización *post mortem* como un tercer tipo filial. Recorrido de una investigación exploratoria», *En Letra* 3 (2015) 218-242.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, «Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44 (2010) 461-506.
- PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, «Feminismo y las técnicas de reproducción asistida», *Revista Aldaba* 32 (2004) 63-80.
- QUIGLEY, Muireann *et al.*, «The organs crisis and the Spanish model: theoretical versus pragmatic considerations», *Journal of Medical Ethics* 34:4 (2008) 223-224.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «La reproducción artificial *post mortem* en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista Boliviana de Derecho* 20 (2015) 292-323.
- , «Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial *Post Mortem*», *Oñati Socio-Legal Series* 7:1 (2017) 179-204.
- ROTHMAN, Cappy Miles, «A Method for Obtaining Viable Sperm in the Postmortem State», *Fertility and Sterility* 34:5 (1980) 512.

- SABATELLO, Maya, «Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective», *Journal of Law and Health* 27 (2014) 29-67.
- SAGÜÉS, Néstor P., «Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad», *Revista de Investigações Constitucionais* 1:2 (2014) 23-32.
- SAMBRIZZI, Eduardo, «El relativismo moral y el derecho de familia», LL 2013-C-725.
- SAVULESCU, Julian, «Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children», *Bioethics* 15:5-6 (2001) 413-426.
- SCARDINO, María, «Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. La mirada de usuarios y especialistas (Parte I)», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* 68 (2015) 363-388.
- , «Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. La mirada de usuarios y especialistas (Parte II)», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* 70 (2015) 313-332.
- STENGER, Robert L., «The Law and Assisted Reproduction in the United Kingdom and United States», *Journal of Law and Health* 9 (1994) 135-161.
- TREMELLEN, Kelton y SAVULESCU, Julian, «A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception», *Reproductive BioMedicine Online* 30 (2015) 6-13.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, «Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto», *Actualidad Jurídica* 200 (2010) 57-64 [Lima, Perú].
- YOUNG, Hilary, «Presuming Consent to Posthumous Reproduction», *Journal of Law and Health* 27:1 (2014) 68-97.

Otros materiales

CARBAJAL, Mariana, «Autorizaron la extracción de semen de un hombre fallecido», *Página12*, 3-XI-1999, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/1999/99-11/99-11-03/pag21.htm> (última visita el 22-V-2018).

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, «Instrucción *Donum vitæ* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación», AAS 80 (1988) 70-102

—, «Instrucción *Dignitas personæ* sobre algunas cuestiones de bioética», AAS 100:12 (2008) 858-887.

FRANCISCO, «Exhortación apostólica post sinodal *Amoris lætitia* sobre el amor en la familia», AAS 108:4 (2016) 311-446.

LAMBERT, Victoria, «Exclusive: Diane Blood on family life 20 years after she won the right to use her dead husband's sperm», *The Telegraph*, 10-II-2017, disponible en <https://www.telegraph.co.uk/women/family/exclusive-diane-blood-family-life-20-years-won-right-use-dead/> (última visita el 1-II-2018).

LAMM, Eleonora, «Familias multiparentales. Su “blanqueo” legal como solución que mejor satisface los intereses en juego», *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, 16-V-2016, disponible en http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas1-suplemento-dpi-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-11-17-05-2016/ (última visita el 7-I-2018).

LORENZETTI, Ricardo Luis, «Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf> (última visita el 21-I-2018).

—, *et al.*, «Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (última visita el 10-I-2018).

PABLO VI, «Carta encíclica *Humanæ vitæ* sobre la regulación de la natalidad», AAS 60 (1968) 488-494.

S/a, «Nació la hija del primer hombre embarazado de la Argentina», *La Nación*, 19-XII-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1649316-nacio-la-hija-del-primer-hombre-embarazado-de-la-argentina> (última visita el 12-I-2018).

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y congelación embrionaria. Documento informativo», disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento3.pdf> (última visita el 18-V-2018).

—, «Fecundación *in vitro* o microinyección espermática (FIV/ICSI) con transferencia y congelación embrionaria. Documento de consentimiento», disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento4.pdf> (última visita el 17-V-2018).

—, «Informe estadístico de técnicas de reproducción asistida 2015», disponible en http://www.cnrha.msssi.gob.es/registros/pdf/Informe_Global_Registro_actividad_2015.pdf (última visita el 10-III-2018).

XXI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL. COMISIÓN 6 (2015), «Gestación por sustitución», disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/?cat=9> (última visita el 14-I-2018).

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de tribunales internacionales

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C nro. 239

—, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C nro. 242.

—, *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 nro. 257.

—, *Caso Duque vs. Colombia*, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C nro. 310.

—, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, Serie A nro. 24.

Evans v. The United Kingdom [GC], No. 6339/05, ECHR 2007-I.

Schalk and Kopf v. Austria, No. 30141/04, ECHR 2010-IV.

TJUE, Sentencia de 18 de octubre de 2011, *Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV.*, C-34/10, Rec. p. I-09821.

Jurisprudencia argentina

CSJN, 5-III-2002, «Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo», Fallos 325:292.

—, 13-VII-2007, «Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconst.», Fallos 330:3248.

—, 7-VII-2015, «D., M. A. s/ declaración de incapacidad», Fallos 338:556.

—, 14-II-2017, «Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto», Fallos 340:47.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 30-VII-2014, «L., E. H. c/ O.S.E.P. s/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.», JA 2015-III-755.

Tribunal Superior de Justicia de La Pampa, Sala A, 31-X-2017, «A. C. del V. c/ Instituto de Seguridad Social - SEMPRES s/ amparo», LL AR/JUR/100418/2017 [cita *online*].

Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, Sala Civil, Comercial y de Minería, 26-II-2018, «M., J. A. s/ autorización judicial s/ casación», LL AR/JUR/1444/2018 [cita *online*].

Cámara Federal de Apelaciones de Salta, 8-VII-2013, «L. O., A. y otros c/ Swiss Medical s/ amparo», LL 2013-D-599.

Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 7-VII-2014, «S., M. C. s/ medida autosatisfactiva», RC J 6303/14 [cita *online*].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 3-IV-2018, «D., M. H. y otros s/ autorización», LL AR/JUR/12809/2018 [cita *online*].

Tribunal de Familia nro. 3 de Morón - Buenos Aires, 21-XI-2011, «G., A. P.», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* III (2012) 119 ss.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 3, 3-XI-2014, «K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo», LL AR/JUR/53958/2014 [cita *online*].

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería nro. 4 de Santa Rosa - La Pampa, 30-XII-2015, «A., C. V. c/ Instituto de Seguridad Social - SEMPRES s/ amparo», LL AR/JUR/87457/2015 [cita *online*].

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 87, 5-V-2016, «N. O. C. P. s/ autorización», JA 2016-III-663.

Jurisprudencia española

STC 166/1999, de 17 de junio.

STSJ de Madrid de 16 de junio de 2003.

SAP de La Coruña de 3 de noviembre de 2000.

SAP de Barcelona de 16 de septiembre de 2004.

SAP de Barcelona de 20 de noviembre de 2017.

Jurisprudencia británica

R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex p Blood [1997] 2 All ER 687, CA.

Miller v. Miller, McFarlane v. McFarlane [2006] 2 WLR 1283, UKHL.