

**Fertilización *post mortem*:
un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida**

Agustina G. Perez¹

*¿Cómo tendremos coraje de seguir pregonando
la no discriminación de la mujer; la igualdad con el varón;
los derechos del niño, del anciano y del discapacitado, etcétera,
si no nos preocupamos de que todo ser humano se inserte
en un orden socioeconómico que, engranado en subordinación
a la Constitución y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos,
provea funcionalmente los condicionamientos favorables para que
le sean accesibles, disponibles y disfrutables todos los derechos civiles,
sociales y políticos de fuente interna y de fuente internacional?*
Germán Bidart Campos²

Resumen

Mediante esta presentación se busca poner de relieve el importante rol que cumplen las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país y la importancia de su regulación en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.

En especial se busca traer a colación el novedoso pero no exactamente nuevo instituto de la fertilización post mortem, como un supuesto especial dentro de las Técnicas.

¹Estudiante del último año de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Becaria del Consejo Interuniversitario Nacional 2012/2013.

DNI 33567153 – e-mail: a6us_perez@hotmail.com

² Bidart Campos, Germán J., “Familia y derechos humanos” en Kemelmajer de Carlucci (coord.) *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzini, 1999 Tomo I, Pág 37-38.

Lo nuevo trae rechazo, desequilibrio para algunos pues los saca de su zona de confort. Los cambios científicos traen controversias sociales, regular es una excelente herramienta para darle sustento al avance tecnológico y a las necesidades sociales.

Introducción

Asistimos a una revolución científico-tecnológica y social que involucra todos los aspectos de nuestras vidas. En medio de esta vorágine surge el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Proyecto, a secas).

Este Proyecto plantea, desde sus fundamentos, la necesidad de un ordenamiento interno que involucre completamente los derechos humanos y todas las obligaciones internacionales contraídas por el país en la materia. Así, éste se autodenomina como un código con identidad latinoamericana, que busca la constitucionalización del derecho privado y que, por sobre toda las cosas, apela a un ordenamiento en el que reine la igualdad real, no abstracta y la no discriminación como institutos que cortan transversalmente a todos los demás y que deben ser tenidos en cuenta a la hora de regular los derechos de los ciudadanos, de todos ellos.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) no son una novedad. El 25 de julio de 1978 nació Louise Joy Brown en Inglaterra, la primera niña probeta. Desde entonces los avances en las TRHA han sido ambiciosos, así como insaciables las expectativas de los usuarios para con ellas.

Esta figura teatral de la voluntad del legislador, esconde el arduo trabajo de excelentísimos profesionales del derecho que han colaborado en la redacción de este Proyecto y han sido muchas las voces que han irrumpido en el escenario para criticar (la mayoría de las veces infundadamente) los institutos regulados en aquel. El presente trabajo se propone aproximar a los futuros colegas y operadores del derecho en el área de las TRHA e introducirlos en el instituto particular de la fertilización asistida post mortem como un supuesto especial de las técnicas regulado en el Proyecto de manera excepcionalísima.

Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Científicamente hablando las TRHA son “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”³.

3 Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible al 10/09/12 en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

Las TRHA son pues aquellas técnicas que “permiten procrear a un ser humano por medios distintos de la relación sexual”⁴, es decir “ya no se requiere la relación sexual de un hombre y de una mujer: sólo se necesita la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio. De este modo, se produce la separación entre sexualidad y reproducción”⁵.

Si bien las TRHA nacieron para darle la posibilidad de tener un hijo a parejas heterosexuales, hoy en día los beneficiarios de las mismas se han ampliado recogiendo con la ley 26.618, ley de matrimonio igualitario, sancionada en 2010 a las parejas del mismo sexo, así como también (y desde mucho antes) a las mujeres solas.

Lo cierto es que la imposibilidad (biológica en caso de parejas heterosexuales y estructural en parejas homosexuales o mujeres u hombres solos) de engendrar un hijo “es una contingencia en la vida de las personas que afecta su calidad de vida y que en la medida en que pueda ser aliviada o sanada debe serlo, porque si no incorpora un sufrimiento que poco a poco denigra esa calidad de vida humana”⁶.

El uso de las TRHA por mujeres solas, incluso la participación de terceros donantes de gametas anónimos (como prevé el Proyecto) han sido protagonistas de proyectos de ley que datan desde el inicio de la década de los ‘90, incluso antes de la reforma constitucional.

No puede pensarse hoy en día a las TRHA como última ratio y como obrantes solo como remedio a una enfermedad (como se ha plasmado en la mayoría de los proyectos de ley sobre el tema presentados en nuestro país) sino como un medio alternativo de reproducción. Por el contrario, deben ser analizadas a la luz de los derechos sexuales y reproductivos y como correlato lógico y necesario aceptar su utilización como alternativa a la procreación “natural” o “clásica”⁷. Avanzaremos sobre esta cuestión más adelante.

4 Gómez de la Torre Vargas, Maricruz; El sistema filiativo chileno, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile 2007, pág. 109.

5 Ídem

6 Urbina, Paola Alejandra, “El derecho a la salud integral, apotegma primigenio de nuestra Carta Magna”, LLBA2011 (marzo), 171, Pág. 1.

7 Spaventa, Vernónica; “La procreación asistida como forma de acceso a la ‘monoparentalidad’” en Grosman, Cecilia (directora) y Herrera, Marisa (coord.); *Familia Monoparental*, Bs. As., Ed. Universidad, 2008, pág. 212-213

Prohibir, silenciar, regular

Muchas han sido las voces que se han alzado en contra del Proyecto, sobre todo contra las TRHA. Y si bien un sector de la sociedad tiende a resistir moralmente la implementación de estos procedimientos, no es menos cierto que el vínculo familiar moderno se ha distanciado del modelo tradicional.

Hoy, en distintos países, las TRHA se practican lícitamente y en aquellos lugares en los cuales abundan las restricciones legales, se provoca una necesaria fractura social pues las personas que cuentan con recursos económicos viajan con la finalidad de convertirse en usuarios de las TRHA, materializando su voluntad de ser padres, pero aumentando la brecha social.

Así pues, es inevitable tomar conciencia acerca de la necesidad de legislar para regular estas técnicas, evitando que las lagunas legales operen de distinta manera según el juez de turno.

¿Qué hacer entonces? Sabemos que se trata de nuevas situaciones que no pueden ser regladas por viejas estructuras. Las posibilidades a la hora de redactar el Proyecto eran las siguientes: prohibir, silenciar, regular.

Prohibir, como podemos observar todos los días en los medios de comunicación, no resuelve la cuestión sino que muy por el contrario empuja hacia la clandestinidad a parejas que buscan con amor tener un hijo, incluso alentándolas a cometer delitos o forzándolas a llevar a cabo los procedimientos pertinentes fuera del territorio argentino de donde probablemente son oriundos y donde, como es lógico, podrían tener más contacto, tranquilidad, cuidados y contención de sus seres queridos.

Silenciar, y dejar pasar una oportunidad única para regular consciente y responsablemente las TRHA, también es tomar partido. Si nada se decía sobre las TRHA éstas quedaban en el limbo, pero no sólo las técnicas sino fundamentalmente a los niños nacidos por medio de ellas que son los sujetos destinatarios de la mayor protección legal. Así, silenciar dejaba desamparadas a las parejas, pero también a cientos de niños y niñas cuyos derechos, especialmente filiatorios, podrían verse vulnerados dejando al arbitrio judicial la tarea de llenar las lagunas.

Regular era pues la única opción responsable. Así el Proyecto regula desde la definición del comienzo de la existencia humana en el art. 19 hasta las fuentes filiales en el art. 558 pasando por un capítulo específico para las TRHA (título V, capítulo 2, *Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida*). Así, cada fuente filial tiene sus propias reglas, no porque los niños sean distintos sino, justamente, porque se trata de institutos distintos que requieren normas propias y específicas, para asegurar al máximo los derechos de los niños.

Entre las principales innovaciones se encuentran la gestación por sustitución y la fertilización post mortem (supuesto que analizaremos en el siguiente punto). A su vez, se le otorga primacía a la voluntad procreacional como cimiento principal de la filiación. Así, padres son aquellos que tienen la voluntad de ser padres. No la mujer gestante ni el donante anónimo. Tal es la fuerza de dicha voluntad que incluso los detractores de las TRHA que se escudan tras argumentos morales reconocen que el consentimiento de las personas que se

someten a las técnicas es determinante para realizarla y para atribuirles la responsabilidad de su decisión de ser padres⁸.

Principalmente el Proyecto es consciente de que no existe una familia tipo. Sin ir más lejos, notamos que no existe una definición de familia en la constitución.

El proyecto busca, pues, regular para garantizar los derechos de todas las personas que habitan el suelo argentino, regular para hacer actuar la constitución. La familia no es un grupo estático. La idea de regular de tal o cual manera las relaciones de familia se basa en la necesidad de asegurar a todos sus integrantes sus derechos básicos y elementales sin los cuales no podría erigirse el estado de derecho. Las familias que se conforman gracias a las TRHA son tan familia como cualquier otra⁹.

Fertilización post mortem: qué es y cómo se regula

La fertilización post mortem es, en principio, aquella que se produce en el seno la mujer superviviente luego del deceso de su cónyuge.

Si bien es atacado como si fuera algo extraordinario y nuevo, lo cierto es que si bien es novedoso no es estrictamente un instituto nuevo. De hecho el famoso proyecto Storani-Laferrère reconocía el derecho a la viuda a implantarse los óvulos fecundados extracorpóreamente con material genético del marido hasta los 30 días posteriores a la muerte de aquel.

Actualmente no contamos en el país con una legislación específica acerca de la fertilización post mortem. Ello se traduce en un vacío legal que conlleva a suplir la falta apelando a la interpretación judicial de los casos específicos dándole total discrecionalidad al juez a la hora de fallar, armonizándolo, en el mejor de los casos con el art. 19 CN.

8 Ver Flores Salgado, Lucerito Ludmila “Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción humana asistida” IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, Pág. 104; Guzmán Ávalos, Aníbal “La subrogación de la maternidad”, IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, Pág. 120 a 121; entre otros.

9 Ver, solo a título de ejemplo, la nota del diario Clarín en la cual se entrevista a Susan Golombok, profesora del Centro de Investigaciones Familiares de la Universidad de Cambridge, quien ha llevado a cabo una investigación acerca de las nuevas formas familiares (familias de padres del mismo sexo y familias creadas por técnicas de reproducción asistida) y sostiene que es un mito lo referente al daño psicológico de los niños y asegura que “a veces, cuanto menos habitual es la estructura de la familia, mejores son las relaciones, ya que se trata de padres que en verdad quieren tener hijos, y eso es muy importante” en “Otro modelo familiar” Por Ian Tucker, (C) The Guardian y Clarín, 10/10/12. Disponible al 19/10/12 en: http://www.clarin.com/buena-vida/tendencias/Familias-convencionales_0_788921342.html

Por tales motivos es que urge una regulación adecuada, igualitaria y democrática de las TRHA en tanto son una nueva forma de constituir una familia.

a) **Antecedentes**

Este no es el primer año en el que se presenta el instituto de la fertilización post mortem como tal en nuestro país. La entrada en escena se produjo en 1999. Una mujer española se encontraba de luna de miel en nuestro país, su marido fallece de un paro cardíaco y ella solicita ante la justicia argentina la extracción compulsiva de semen para realizarse un tratamiento de fertilización asistida en su país. Aquí, al no existir una norma que prohibiera dicha práctica el juez hizo lugar a la petición siguiendo con el principio constitucional que establece que todo lo que no está prohibido está permitido¹⁰.

En ese orden de ideas, el primer caso de este tipo se registró en Gran Bretaña (más conocido como caso Blood), pero aquella vez el semen fue extraído cuando el hombre estaba en coma. La viuda, Diana Blood, sostuvo una batalla legal durante dos años para que la autorizaran a ser inseminada con esperma de su marido muerto. En este caso tampoco había autorización escrita del marido. La Corte de Apelaciones le permitió, en febrero de 1997, hacer el tratamiento, pero fuera del territorio de Gran Bretaña¹¹.

Casos como estos se han registrado también en Australia¹², España¹³, Estados Unidos¹⁴ entre otros, con diferentes pero interesantes particularidades.

Recientemente se presentó ante la justicia argentina una mujer que había quedado viuda mientras se sometía con su pareja a TRHA. Se habían casado en 2005. Luego de cinco años intentando un embarazo recurrieron a un centro de reproducción para realizar un

10 “Autorizan la extracción de semen de un hombre fallecido. Para que haya vida tras la muerte” Página 12. Disponible al 8/8/12 en <http://www.pagina12.com.ar/1999/99-11/99-11-03/pag21.htm>

11 “Diane Blood law victory gives her sons their 'legal' father” The Guardian, 19 de Septiembre de 2003. Disponible al 8/8/12 en: <http://www.guardian.co.uk/science/2003/sep/19/genetics.uknews>

12 Noticia publicada por el Instituto Murciano de Fertilidad de España con registro del día 7 de Junio de 2011, disponible al día 20 de abril de 2012 en: <http://www.imferblog.com/la-viuda-podra-usar-el-esperma-de-su-marido-muerto/>

13 20MINUTOS.ES. 05.03.2007. disponible al día 20 de abril de 2012 en: <http://www.20minutos.es/noticia/208575/0/inseminacion/muerto/juez/>

tratamiento de fertilización asistida. Producto de ello criopreservaron material genético y firmaron el consentimiento para un posterior implante pero a los pocos días le diagnosticaron cáncer del tipo linfoma no-Hodgkin a su marido. Nueve meses después, su marido falleció y ella recurrió a los estrados judiciales para que la autorizaran a utilizar las gametas masculinas (semen) criopreservadas. Nótese que no se trataba siquiera de embriones criopreservados sino de tan solo material genético.

Así, el tribunal de familia de Morón n° 3¹⁵, Provincia de Buenos Aires, dictó una sentencia en la cual permitió a una mujer viuda el acceso a esta técnica, si bien fue más allá de lo que la norma propuesta en el Proyecto prevé, lo cierto es que se ha abierto la posibilidad efectiva de recurrir a este instituto para continuar con un proyecto parental.

La jueza a cargo de dicho tribunal, hace lugar a la solicitud y comienza su razonamiento justificando la misma en cuanto existe una norma de carácter constitucional infranqueable, conocida en el ámbito del derecho como "norma de clausura" que establece que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19 CN).

Luego, expresa que no se les escapa que este derecho puede ser preservado concurriendo a donante anónimo de gametas masculinas y entonces se pregunta: ¿por qué autorizar la reproducción humana asistida con material genético del marido premuerto? Según los argumentos esgrimidos por la peticionante sería para continuar con un proyecto de vida que construyó con su marido. Así pues, reflexiona la jueza, no es un hijo lo que la mujer ansia sino *el hijo que soñó y planificó con su marido y que por el desarrollo de la ciencia es hoy posible tenerlo*.

En segundo lugar, la magistrada dice que, dado que existió un consentimiento expreso del marido para crioconservar su esperma con el objeto de tener un hijo debe ordenarse el análisis del proceso de la siguiente manera: primero el hombre dio su consentimiento, luego se enteró que estaba enfermo y pudiendo haber revocado su consentimiento en ese momento, no lo hizo. Por ello, éste aún sería válido para después de la muerte. La sentencia apela así a la (supuesta) existencia de un *consentimiento presunto*.

Pero el magistrado olvida pronunciarse sobre una cuestión que es esencial: la filiación del menor. La sentencia omite emitir juicio acerca de si el niño debe ser reconocido como hijo del marido premuerto, y si, en caso de serlo, sería un hijo matrimonial o extramatrimonial. Tampoco deja asiento alguno acerca de los derechos sucesorios que potencialmente pueda llegar a tener este niño¹⁶. De esta manera, no sólo deja a la deriva una cuestión insoslayable como ser la filiación de un menor sino que va en contra del principio de economía procesal que manda a obtener el mayor beneficio con la menor cantidad de recursos del aparato judicial.

14 Noticia publicada en la web del diario argentino Clarín, 20 de abril de 2009. Disponible al 20 de abril de 2012 en: <http://edant.clarin.com/diario/2009/04/20/sociedad/s-01901589.htm>

15 "G.A.P s/ Autorización", Tribunal de Familia n° 3 de Morón , 21 de Noviembre de 2011

No es necesario realizar un análisis exhaustivo para darnos cuenta de las graves consecuencias que la figura del consentimiento presunto nos puede traer, pues está claro que no se estaría, estrictamente, respetando la voluntad del marido. El Proyecto en cambio, revaloriza la autodeterminación personal y establece, como requisito sine qua non, la existencia y comprobación de la “voluntad procreacional”. Así, los fundamentos del Proyecto establecen: “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida (...) el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas (...)”¹⁷.

De esta manera se preservan los derechos de todas las partes: de los padres a ser tales y de los niños a tener un vínculo filial. Nos es imposible determinar, luego del deceso del marido, si este hombre quiso mantener su proyecto de vida, su voluntad procreacional, aun después de la muerte. Como adelantamos, desafortunadamente la sentencia nada dice del vínculo filial. Estas son cuestiones impostergables que el Proyecto, en cambio, si prevé y organiza en beneficio de todos.

Finalmente, no quisiera desaprovechar la oportunidad de resaltar que este instituto se encuentra expresamente regulado, a favor y en contra en diversos ordenamientos jurídicos. Así, Francia (ley 94/654), Italia (40/2004), Suecia (1140/1984), Noruega (68/1987) Costa Rica (decreto 24.029-s/1995) y Alemania (745/1990) la prohíben, en cambio España (ley 14/2006), Inglaterra (human fertilisation and embryology act 2008), Bélgica (Loi relativa à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes), Portugal (ley 32/2006), entre otros, la permiten.

b) **Regulación en el Proyecto**

El Proyecto se basa en la ley española de técnicas de reproducción asistida 14/2006 que regula la fertilización post mortem en su art. 9¹⁸. Ésta ley, modificada hace seis años, preveía un plazo de 6 meses para la inseminación de la viuda que luego fue ampliado a un año. Ello pues “el éxito no depende en exclusiva de la pericia medica, sino también del

16 Para mayor abundamiento ver: 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 2012-III.

17 Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación LL, pág. 492

18 Artículo 9. Premoriencia del marido.

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

estado físico y psíquico en que se encuentre la viuda, de su predisposición al éxito”¹⁹. El plazo de un año “no pone en apuro a la viuda ni va en desmedro de los derechos de los pretendidos herederos”²⁰

El Proyecto introduce expresamente este instituto y lo regula de manera excepcionalísima. El art. 563 establece bajo el título: “Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida”, que: “*En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, **no hay vínculo filial** entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.*

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560²¹ o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

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

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

19 Pérez Gallardo, Leonardo B., “Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, Pág. 153

20 Op. cit. Pág. 153

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”.

Y en lo que respecta a la capacidad sucesoria el Proyecto establece en el art. 2279 quiénes pueden suceder al causante, mencionando en el inc. c) a las personas “nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563”.

Se dejan cubiertas así todas las posibilidades a fin de otorgarle al niño todos los derechos que le corresponden, tanto los filiatorios como los sucesorios.

En este orden de ideas, varias son las voces a favor y en contra que han entrado en el debate para expresar sus ideas.

Marisa Herrera, integrante de la comisión de reforma del Código Civil sostiene que "esto no significa que ahora, cuando alguien muere, su cónyuge va a poder extraerle semen por si diez años si después quiere concebir un hijo. Significa que si dos cónyuges proyectaron tener un hijo, (...) congelaron embriones y firmaron un consentimiento expreso para que puedan ser transferidos en caso de fallecimiento, tienen un año a partir de la muerte para continuar ese proyecto"²².

Asimismo, Sergio Papier, presidente de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) y director del CEGyR expone que “si hay mujeres solas que tienen hijos y la Justicia las considera familias, y si hay parejas del mismo sexo que tienen hijos, no veo por qué una mujer viuda no puede tener un hijo de su marido fallecido si hubo una voluntad expresa. Entonces, los hijos de madres solas o de dos mujeres ¿también son hijos huérfanos? (...) Además, darle derechos filiatorios a esos bebés sin que tenga que intervenir un juez, ¿no es proteger sus intereses?”²³.

Este instituto es también una salvaguarda para quienes sostienen que el embrión in vitro (criopreservado) es persona, pues no podrían negarse bajo ningún punto de vista a realizar esta práctica so pena de presentarse ante la comunidad toda, pero principalmente, ante ellos mismos, como contradictorios. De esta manera, prohibirían una técnica que para ellos sería el equivalente a no dar la posibilidad de vivir a quien, supuestamente, ya tiene vida. Así, Nicolás Laferriere,

21 En el Proyecto de Reforma se establece que el consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Es por ello que se habla de un doble consentimiento, a saber: para realizar el tratamiento primero y para la utilización del material genético o embrión posteriormente en cada caso en especial.

22 “La fecundación post mortem, un debate en el nuevo Código Civil” Infobae, 24 de Julio de 2012. Disponible al 8/8/12 en: <http://www.infobae.com/notas/661181-La-fecundacion-post-mortem-un-debate-en-el-nuevo-Codigo-Civil.html>

23 “El nuevo Código Civil incluirá la fecundación post mortem” Clarín, 24 de Julio de 2012. Disponible al 8/8/12 en: http://www.clarin.com/sociedad/Codigo-Civil-incluire-fecundacion-mortem_0_743925638.html

profesor de Derecho de la Universidad Católica Argentina y director del Centro de Bioética "Persona y familia", está de acuerdo en ese punto. "Si el embrión ya está concebido hay que procurar la implantación, porque se trata de una vida"²⁴.

Vayamos por pasos. A continuación, me permito establecer una serie de posibilidades que de hecho pueden suceder y de derecho estarían reguladas con la versión actual. Esta comparación entre las posibilidades de hecho y de derecho permitirá al lector hacerse una idea de la variedad de opciones que entran en juego, para alegría de los detractores de este instituto, se puede observar su alto nivel de restricción.

Nótese que las opciones de hecho no amparadas por el derecho se encuentran tachadas. Veamos pues:

- 1) Pareja heterosexual, fallece el hombre:
 - a) La mujer decide implantarse embriones
 - b) ~~La mujer utiliza gametos crioconservados de su cónyuge premuerto~~
 - e) ~~La mujer solicita la extracción compulsiva de semen de su cónyuge~~
- 2) Pareja heterosexual, fallece la esposa/conviviente:
 - a) ~~El hombre opta por implantar un embrión en otra mujer accediendo a la gestación por sustitución~~
 - b) ~~El hombre opta por utilizar gametos de la mujer para una vez creado el embrión recurrir a la gestación por sustitución~~
- 3) Pareja homosexual de mujeres
 - a) La sobreviviente recurre a implantarse embriones crioconservados producidos con gametos de la cónyuge premuerta y donante anónimo.
 - b) ~~La sobreviviente con gametos crioconservados de la fallecida y donante anónimo crea un embrión y se lo implanta~~
- 4) Pareja homosexual de hombres
 - a) ~~el sobreviviente recurre a implantar embriones crioconservados producto de los gametos del fallecido accediendo a la gestación por sustitución~~
 - b) ~~El sobreviviente con gametos crioconservados del fallecido y donante anónima crea un embrión y se lo implanta a una mujer mediante la gestación por sustitución~~

De hecho, el proyecto regula aún más rigurosamente que la ley en que se basa pues sólo permite esta técnica en los supuestos en que se haya dejado consentimiento expreso de la voluntad procreacional después de la muerte, supuesto que no es tal en la ley española pues se permite traer a colación la voluntad presunta, situación que el legislador argentino acertadamente no considera atinada. Así la ley española regula diciendo "se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido".

24 "El nuevo Código Civil incluirá la fecundación post mortem" Clarín, 24 de Julio de 2012. Disponible al 8/8/12 en: http://www.clarin.com/sociedad/Codigo-Civil-incluirea-fecundacion-mortem_0_743925638.html

En el proyecto en cambio se refuerza la voluntad procreacional otorgando seguridad jurídica a todas las partes: la voluntad debe prestarse cada vez que la persona o la pareja se somete a TRHA y en el caso de post mortem el consentimiento también debe ser expreso y específico. Desde ya que es absolutamente revocable. Así “el autor de la declaración de voluntad puede ir sobre sus pasos y retractarse mientras tenga vida. Siendo un derecho personalísimo, no cabría su ejercicio por su tutor o curador si ante mortem deviene en un sujeto sometido a tutela o curatela”²⁵

En conclusión puede determinarse que las únicas personas habilitadas para ser usuarias de éstas técnicas son las mujeres supérstites, haya sido su pareja un hombre o una mujer. Nótese que es tan sólo una opción que se le da a la viuda. No es en absoluto una obligación ni una inducción a comportarse de determinada manera. Ella tendría la posibilidad de hacer uso de su derecho si así lo desea y concretar el plan parental que venía llevando a cabo con su pareja.

¿Es esto crear niños “deliberadamente huérfanos” como han dicho los detractores del instituto? Claro que no. Huérfano es aquel que no tiene madre ni padre. Aquí va a tener una madre, así como se permite la aplicación de las TRHA en mujeres solas, así como se permite, según ley de adopción modificatoria del código civil (CC) la adopción por mujer sola (art. 312 CC) y así como se permite la adopción por parte del/la supérstite cuando fallece el adoptante. La familia monoparental es tan familia como cualquier otra.

El derecho de las familias, las TRHA y los Derechos Humanos

Como se ha podido observar, se han levantado la más duras críticas contra la reforma, en especial contra la regulación de las TRHA. Lamentablemente aquellas voces olvidan que las pautas mínimas que establece nuestra constitución son la democracia y la laicidad. Éste es el mínimo ético y no otro. Quienes se apoyen, directa o indirectamente, en la fe para contratacar la regulación de las TRHA olvidan que el Código debe regular para todos, no solo para aquellos que sostengan el credo católico apostólico romano. Así, el Estado debe garantizar que no se lesionen los derechos de sus ciudadanos, debe asegurar sus derechos humanos, entre ellos la autonomía y la libertad. En palabras de la Dra. Nelly Minyersky: “no es lo mismo un Estado de derecho que un Estado en el que primen determinadas morales, porque su función es la de cuidarnos, pero no en el sentido de limitarnos en nuestra fe religiosa o en prevalecer una fe o una moral por sobre la otra, sino en buscar esa base mínima”²⁶.

25 Op. Cit. pág. 154

26 De la presentación en el Simposio “Aspectos éticos y Legales de las Técnicas de Reproducción Asistida y las Diferentes Alternativas Terapéuticas”, organizado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), Buenos Aires, 29 y 30 de abril, versión escrita, pág. 9.

Concordantemente con esta línea argumentativa, podemos observar que la institución familiar, la reproducción y el ejercicio de la sexualidad han sido siempre objetos de reflexión intelectual y de regulación jurídica, social, moral y religiosa, así como de confrontaciones ideológico-políticas muy encendidas. La Declaración de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing de 1995 y su Plataforma para la Acción reiteraron que “los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho fundamental de *todas* las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos”.

El código actual no está pensado para el mundo en el que vivimos. El Proyecto, en cambio, propone y defiende a las familias como una institución social, no jurídica. Lo que interesa es quienes forman parte de las familias porque no hay un solo tipo de familia posible sino tantas como las personas sean capaces de imaginar, concretar y vivir. El derecho debe adaptarse a todas ellas sin distinciones.

Actualmente se encuentra tramitando en la Corte Interamericana de Justicia el caso Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) contra Costa Rica, relacionado con la violación de los derechos a la vida privada y familiar, del derecho a fundar una familia y del derecho a la igualdad y no discriminación, consagrados en los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

En su elevación de la demanda, la Comisión consideró que “estas violaciones ocurrieron como consecuencia de la prohibición general de practicar la técnica de reproducción asistida de la Fecundación in Vitro, prohibición que ha estado vigente en Costa Rica desde el año 2000 tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Como se indica en el informe de fondo 85/10, la Comisión consideró que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, la Comisión consideró que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Este impedimento tuvo, además, un impacto desproporcionado en las mujeres”²⁷.

No podemos dejar pasar este histórico caso pues si bien la Corte aún no ha dictado sentencia lo cierto es que en caso de fallar concordantemente con lo solicitado por la Comisión -lo cual personalmente estoy segura que así hará-, los ordenamientos normativos de los Estados parte de la OEA entre ellos Argentina, no podrán dejar de lado estas consideraciones pues recordemos, como dijo la CSJN en el fallo “F.A.L s/ medida autosatisfactiva” del presente año, las sentencias de los órganos de tratados así como los informes y las opiniones consultivas son obligatorias para el Estado argentino pues son ellos los órganos máximos de interpretación de tratados. Seguir una corriente contraria equivaldría a la violación de los tratados de derechos humanos en las condiciones de su vigencia, es decir, en las condiciones que internacionalmente rigen y por lo tanto, tales

27 Comisión IDH, “Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) v. Costa Rica”. Disponible al 20/10/12 en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>

conductas, serían susceptibles de provocar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Lo cierto es que los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el derecho a formar una familia y el derecho a hacerse del avance de la ciencia, tienden a “reducir las desigualdades y asimetrías que existen entre los miembros de la sociedad y, por lo tanto, juegan un papel clave en asegurarles una igualdad sustantiva y no meramente formal”²⁸

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 afirmó que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” y que la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. La denegación de los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) produce efectos muy graves para las personas y las comunidades, algunos incluso devastadores.

Éste es el momento histórico que tiene nuestro país para convertirse en pionero en regulación de las TRHA de manera igualitaria, como todos los seres humanos se merecen. Es obligación del Estado no sólo evitar la frustración de los derechos de sus ciudadanos y respetarlos sino también tomar medidas positivas en favor de la plena realización de los mismos.

A su vez, ya ha quedado establecido en la Observación General n° 20 del Comité DESC que los Estados deben adoptar medidas necesarias para que todas las personas, sin distinción alguna, accedan de igual forma al ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales²⁹. Y, por otro lado, la obligación de progresividad y prohibición de regresividad de los DESC ha quedado plasmada en la Observación General n° 3 del mismo órgano³⁰.

Con todo ello quiero decir que el Estado argentino ha avanzado en materia de derechos sociales: tiene ley de cobertura en materia de TRHA (tal vez deficientes e insuficientes, pero los tiene), existe como posibilidad real, numerosos casos en los que se condena a obras sociales a prestar las TRHA de manera gratuita, diversos centros de fertilidad, etc. y además ha regulado en materia de matrimonio igualitario. Es imposible

28 Pág 9

29 Dicha observación se pronuncia acerca de la no discriminación. Ver Comité DESC, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009. Disponible al 20/10/12 en: http://www.observatorioliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Observaciones_Comite_DESC/20_no_discriminacion.pdf

30 Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes. Disponible al 20/10/12 en: <http://www.escri-net.org/docs/i/428684>

retroceder, solo queda la obligación de avanzar hacia una regulación igualitaria y no discriminatoria.

Como ha dicho el excelentísimo constitucionalista Bidart Campos “para la efectividad de todos los derechos y para la igualdad real de oportunidades y de trato hay que legislar y promover medidas de acción positivas en favor de todos los seres humanos que se hallan bajo jurisdicción en nuestro Estado”³¹

“Las marginalidades y las exclusiones que, dentro de las relaciones de familia y en su proyección a las extrafamiliares, origina un Estado que no promueve y hace efectivos los derechos sociales, económicos y culturales son incompatibles con la mínima imagen ideal que podemos forjarnos desde el humanismo personalista al culminar el milenio”³². De esta manera, “para la efectividad de los derechos así abarcados intra y extrafamiliarmente es indispensable que el orden socioeconómico provea condicionamientos aptos a todas las personas según el sector al que cada una pertenece, según las necesidades que en él requiere satisfacer, según su status familiar y según el ámbito en que tales derechos han de ser reconocidos, ejercidos y tutelados”³³.

La familia monoparental producto de la fertilización post mortem, que es el eje central de esta presentación, insisto una vez más, es tan familia como cualquier otra, “no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”³⁴. No hay un tipo de familia y por tanto “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales

31 Bidart Campos, Germán J., “Familia y derechos humanos” en Kemelmajer de Carlucci (coord.) *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzini, 1999 Tomo I, pág. 30

32 Ídem pág. 37

33 Ídem pág. 39

34 Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia de 27 de abril de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 99.

respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”³⁵. Lo que antecede son las propias palabras de la CIDH.

Así, para cerrar este punto, quisiera citar una vez más a Bidart Campos que nos aproxima a un concepto de familia democrático y humanista: “la familia es la suma y la pluralidad de sus miembros y no una persona jurídica; por eso, hablar de derechos ‘de familia’ es una comodidad lingüística que alude a *derechos de la persona humana individual* en sus relaciones intrafamiliares y en las que, entre ellas, traba extrafamiliarmente con terceros. El sujeto de derecho –activo y pasivo- al que tenemos que contemplar es siempre la persona humana, la persona física. Es a ella a quien debemos proteger, dignificar y exaltar cuando la incardinamos socialmente desde su situación familiar”³⁶. No lo olvidemos.

Conclusión

Esta presentación solo ha buscado dar luz, al menos un mínimo reflejo de luz, en un tema específico contemplado en el Proyecto.

La familiar nuclear, hace rato esta en crisis. Para los jóvenes ya no es la norma, ni lo tradicional ni el modelo a seguir.

Nuestra era debería revalorizar el amor y la esperanza, pero no desde la fe católica sino desde las convicciones propias. Aquellos refractarios al proyecto que se abroquelan tras discursos con un autoritarismo demodé deberían saber que la única verdad es la realidad, puedan o no verla.

El reto es que el derecho pueda ir sino antes al menos a la par de estas revoluciones tecnológicas en materia de TRHA. El Proyecto, de la mano de la ley 26.618, abre la posibilidad al reconocimiento de lo que de hecho existe: familias de todo tipo. La ley de matrimonio igualitario posibilitó el reconocimiento legal de las familias integradas por parejas del mismo sexo; las TRHA han posibilitado a parejas del mismo sexo acceder a la comaternidad o copaternidad pudiendo dar a luz un niño genéticamente propio (al menos de una/o de las/los integrantes de la pareja); la fertilización asistida post mortem plantea la posibilidad de formar una familia monoparental.

Podemos decir entonces que “el proyecto no tiene una familia “típica”, porque justamente parte de la base de que la sociedad argentina es plural; todas las formas

35 Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia de 27 de abril de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 51

36 Op. Cit. Pág. 41.

familiares, mientras respeten los valores constitucionales, deben ser protegidas por el derecho”³⁷.

Pese a la resistencia de algunos la ciencia seguirá su camino. Prohibir es irrelevante, sabemos que las prácticas seguirán llevándose a cabo a pesar de que muchos blasfemen contra ellas y terminarán siendo discriminatorias al ser accesibles sólo para quienes tienen los recursos (no solo económicos sino también intelectuales) para hacerlo. Silenciar también es tomar partido. Es preciso, entonces, regular en sintonía con la amplitud de derechos humanos consagrados directamente en nuestra constitución y a través de los pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país, en especial aquellos enaltecidos por el art. 75 inc. 22 y a la luz de una coherente aplicación de los mismos a través de la correcta interpretación que de ellos se lleve a cabo por los tribunales internacionales y órganos de tratados.

Si queremos un verdadero cambio formal en territorio argentino que acompañe a la realidad en la que vivimos es necesario un pacto social, aceptar que éste es el código que nos va a regir al menos por unas cuantas décadas y un compromiso por la realidad y por el futuro que queremos para nosotros y nuestra descendencia. Un compromiso de no especular maliciosamente ni realizar maniobras que busquen la inconstitucionalidad de normas impulsadas por el orden moral o la ética personal. La ley no obliga a nadie, solo regula lo existente.

BIBLIOGRAFIA

- “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: EXIGIBLES y JUSTICIABLES Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, México, D.F., diciembre de 2010. Disponible al 12/10/12 en: <http://www.equipopueblo.org.mx/descargas/Protocolo%20interiores%20ok.pdf>
- Cárdenas Quirós, Carlos, “Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del código civil del Perú” en Kemelmajer de Carlucci (coord.) *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzini, 1999 Tomo II
- Famá, María Victoria “La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano” LA LEY 18/06/2009, 18/06/2009, 3 - LA LEY2009-D, 78 Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III (CNFedCivCom)(SalaIII) CNFed. Civ. y Com., sala III

37 “Aída Kemelmajer de Carlucci: ‘Al alquiler de vientre no hay que silenciarlo, sino regularlo’” El Sol diario online, 02 de Septiembre de 2012, disponible al 14 de septiembre de 2012 en:

<http://elsolonline.com/noticias/view/146156/aida-kemelmajer-de-carlucci-al-alquiler-de-vientre-no-hay-que-silenciarlo-sino-regularlo->

- ~ 2009-05-19 ~ B., M. N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación.
- Gerlero, Mario S. y Pedrido, Odile, “Nuevas reflexiones sobre parentalidad, diversidad sexual e identidad de género”, La Ley Actualidad, 8 de noviembre de 2011.
 - Gerlero, Mario S. y Pedrido, Ma. Odile; “Parentalidad, diversidad sexual e identidad de género: un enfoque socio-jurídico”, LL 22/09/2011
 - Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora; “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación” La Ley Uruguay 2011-10, 13/10/2011, 1304.
 - Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora , “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual” LA LEY 20/09/2010
 - RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María; “Reproducción artificial *post mortem*”. En XII CONGRESO NACIONAL Y II LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGIA JURIDICA “Problemas Sociales de Latinoamérica. Desafíos al campo Jurídico”, 2011, Comisión de trabajo: Familias, infancias y adolescencias: las respuestas del campo jurídico.
 - Spaventa, Vernónica; “La procreación asistida como forma de acceso a la ‘monoparentalidad’” en Grosman, Cecilia (directora) y Herrera, Marisa (coord.); *Familia Monoparental*, Bs. As., Ed. Universidad, 2008.
 - Urbina, Paola Alejandra, “El derecho a la salud integral, apotegma primigenio de nuestra Carta Magna”, LLBA2011 (marzo), 171