

# Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile

Fernando Zegers H. / Rodolfo Figueroa G.-H.  
Fabiola Lathrop G. / Heidi Kaune G.  
Editores



---

COLECCIÓN PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción  
médicamente asistida en Chile

Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2022,  
1ª edición, p 385, 15,5 x 22,5 cm.

Dewey: 174.957

Cutter: B5205

Colección Pensamiento Contemporáneo.

Materias: Bioética

Reproducción humana. Aspectos morales y éticos.

ISBN 978-956-314-526-7

## HACIA UNA LEGISLACIÓN QUE REGULE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA EN CHILE

Fernando Zegers H., Rodolfo Figueroa G.-H., Fabiola Lathrop G.,  
Heidy Kaune G.(Editores)

© VV. AA., 2022

© Ediciones UDP, 2022

Primera edición: agosto, 2022

ISBN 978-956-314-526-7

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono: (56) 226 762 136

Santiago – Chile

[www.ediciones.udp.cl](http://www.ediciones.udp.cl)

Diseño: María Fernanda Pizarro

Imagen de portada: María Fernanda Pizarro

# Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile

---

Editores:

Fernando Zegers H.

Rodolfo Figueroa G.-H.

Fabiola Lathrop G.

Heidy Kaune G.

COLECCIÓN PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO



EDICIONES  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

# Índice

- 7      **Prólogo**
- Capítulo I: Sobre la necesidad de una ley que regule las técnicas de reproducción asistida en Chile**
- 14     La Infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida (TRA) como un problema de salud pública en Chile  
*por Fernando Zegers H.*
- 31     Avances y tensiones de las técnicas de reproducción humana asistida en el derecho argentino  
*por Marisa Herrera*
- 61     Apuntes sobre las TRHA en el derecho internacional de los derechos humanos  
*por Silvia Serrano G. y Patricio López T.*
- Capítulo II: Diversidad de familias y acceso a las técnicas de reproducción asistida**
- 73     Técnicas de reproducción asistida (TRA) en personas del mismo sexo y solas por opción: realidad en Chile 2021  
*por Cristian Jesam G.*
- 88     El impacto de las nuevas formas de familia en la crianza y el desarrollo infantil  
*por Susan Imrie y Susan Golombok*

**Capítulo III: Criopreservación de embriones: aspectos biomédicos y sus implicancias éticas y legales**

- 146 Criopreservación de embriones: aspectos biomédicos y sus implicancias éticas y legales  
*por Amiram Magendzo N. y Fernando Zegers H.*
- 157 Disputas sobre embriones congelados: una breve nota sobre los temas clave de la jurisprudencia internacional  
*por Catriona McMillan*
- 166 Reflexiones bioéticas y jurídicas en torno a la crio-preservación embrionaria  
*por Ángela Arenas M. y Manuel J. Santos*
- 182 La reproducción asistida desde la perspectiva de la igualdad de género  
*por Yanira Zúñiga A.*

**Capítulo IV: Donación reproductiva de gametos y embriones: ¿cómo proteger el mejor interés de las personas nacidas, de donantes y de requirentes?**

- 205 Ovodonación y embriodonación. Fundamentos biológicos y uso en Chile  
*por Claudio Villarroel Q.*
- 218 Quiénes son las donantes de óvulos. Criterios de selección y algunas reflexiones  
*por Tatiana Jadue*
- 231 Donación reproductiva de gametos y embriones: revelación de la identidad de las y los donantes. ¿Cómo proteger el mejor interés de las personas nacidas y de sus familias?  
*por Giuliana Baccino*

- 240 Efectos jurídicos de la donación de gametos y embriones en el ámbito de la filiación  
*por Daniela Jarufe C.*

**Capítulo V: Desafíos éticos e implicancias legales del diagnóstico genético preimplantacional**

- 269 Desafíos éticos e implicancias legales del diagnóstico genético preimplantacional (PGT)  
*por Ricardo Pommer*
- 282 Desafíos bioéticos del testeo genético preimplantación (PGT)  
*por Fernando Zegers H.*
- 297 Desafíos bioéticos y antropológicos del diagnóstico genético preimplantacional  
*por Luca Varela*

**Capítulo VI: Gestación subrogada**

- 310 Portadora gestacional: criterios de selección y vulnerabilidad  
*por Giuliana Baccino*
- 321 La gestación por sustitución como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos  
*por Eleonora Lamm*
- 342 La gestación por subrogación en Chile  
*por Fabiola Lathrop G.*
- 376 **Biografías autores**
- 383 **Biografías de autores no editores**

# Avances y tensiones de las técnicas de reproducción humana asistida en el derecho argentino<sup>1</sup>

*Marisa Herrera*

## Palabras introductorias

Una de las temáticas más actuales y complejas que ha revolucionado e incentivado que el derecho de familia pase a denominarse con mayor precisión en plural: derecho de las familias, es el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Desde el punto de vista jurídico, cabe destacar que han sido varios los avances que se observan en el derecho argentino, hábil para poder compartir esta experiencia como así también las tensiones y complejidades vigentes. En esta línea, el presente ensayo pretende sintetizar varias de estas cuestiones con la finalidad de amplificar los aportes y debates acontecidos de este lado de la cordillera, para seguir profundizando una temática que cada vez es más necesaria y urgente en la región respecto al desarrollo de la ciencia y, en especial, al perfeccionamiento de las TRHA.

Si bien su desarrollo en el país data de hace varios años atrás, lo cierto es que ha tenido un claro interés legislativo a partir de la Ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción

---

<sup>1</sup> Este artículo constituye una actualización de varios trabajos elaborados en el marco de estudio de esta temática, que ha dado lugar a tres proyectos de investigación para las Programaciones Científicas de UBACYT durante los años 2011 al 2020 y la obra colectiva Herrera, Marisa (directora), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, 2 tomos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

Asistida (sancionada en el 2013) y, posteriormente, en el Código Civil y Comercial (CCyC) en vigencia desde el 01/08/2015, que la recepta como una tercera fuente filial compartiendo el escenario con la filiación por naturaleza o biológica y la adoptiva en un mismo plano de igualdad e importancia (art. 558). ¿Estas normativas satisfacen o responden todas las interrogantes jurídicas que plantea el desarrollo, avance y consolidación de una práctica médica que permite o es hábil, en definitiva, para dar cumplimiento al derecho a formar una familia entre otros derechos humanos?

El objetivo del presente trabajo consiste en compartir la experiencia del derecho argentino desde el campo jurídico en lo relativo a la regulación de las TRHA, partiéndose de la base que ya se cuenta con una información mínima en torno a las razones por las cuáles son consideradas una tercera fuente filial, con reglas y principios propios<sup>3</sup>; cuáles son sus elementos claves

- 
- 2 Para profundizar sobre el cruce ineludible entre TRHA y Derechos Humanos, se recomienda compulsar Bladilo Agustina, de la Torre Natalia y Marisa Herrera, “Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en clave de derechos humanos como perspectiva de análisis obligada”, en Herrera, Marisa (directora), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, pp. 17–127.
  - 3 Para ampliar sobre este punto, se recomienda compulsar entre otros tantos: González Mariana E., “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial”, LL Cita Online: AR/DOC/1296/2015; Herrera Marisa y Lamm Eleonora, “Comentario al art. 558”, en Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa y Lloveras Nora (directoras), *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, tomo II, pp. 426 y ss.; Herrera Marisa y Lamm Eleonora, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Primera parte” Microjuris Online MJ–DOC–5751–AR | MJD5751; Herrera Marisa y Lamm Eleonora, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte” Microjuris Online MJ–DOC–5752–AR | MJD5752; Herrera Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, LL Cita Online: AR/DOC/3846/2014; Herrera Marisa y de la Torre Natalia, “¿Habrà que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en el proyecto de reforma del Código Civil” RDF 58, 137 Cita Online: AP/DOC/30/2013 y Lamm Eleonora, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil” LL Cita Online: AP/DOC/2158/2012.



y estructurantes como la voluntad procreacional y el consentimiento informado<sup>4</sup>; las resistencias presumibles que ha generado esta decisión de política legislativa al tensionar, de manera clara, la necesidad de contar con una legislación laica alejada de cualquier influencia religiosa<sup>5</sup>, y la profundización sobre ciertas figuras que comprometen o también integran las TRHA y que pretendían ser reguladas a la luz del entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, pero que por diversas voces contrarias o fuerzas de choque, fueron quitadas durante su

- 
- 4 Para profundizar, por nombrar sólo algunos, ver: Berger Sabrina M., “Afianzamiento de la voluntad procreacional” LL Cita Online: AR/DOC/1597/2012; Herrera Marisa, de la Torre Natalia, Salituri Amezcua Martina, Rodríguez Iturburu Mariana y Vittola Leonardo R. “Filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida: voluntad procreacional y consentimiento informado”, en Marisa Herrera (directora) *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, op.cit., tomo I, pp. 435 y ss.; 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*, 2012, no. 24, pp. 76–91, disponible en [http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24\\_master.htm](http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm), compulsado el 18/07/2021; Rodríguez Iturburu Mariana, “La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado”, LL Cita Online: AR/DOC/1325/2015 y Rodríguez Iturburu Mariana, “La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”, RDF 68–121 Cita Online: AP/DOC/60/2015.
- 5 En este sentido, se han pronunciado: Ales Uría Mercedes, “Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida”, LL Cita Online: AR/DOC/1970/2014; Basset Úrsula C., “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”, LL Cita Online: AR/DOC/2099/2015; Basset Úrsula C., “Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?”, LL Cita Online: AR/DOC/2112/2013; Berbere Delgado Jorge Carlos, “El derecho filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial — nuevos paradigmas” DFyP 2012 (julio), 141 Cita Online: AR/DOC/3092/2012; Lafferriere Jorge Nicolás, “Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas”, DFyP 2015 (abril), 137 Cita Online: AR/DOC/4720/2014; Lafferriere Jorge Nicolás, “El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, DFyP 2014 (noviembre), 143 Cita Online: AR/DOC/3796/2014 y Sambrizzi Eduardo A., “Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el proyecto de reformas”, DFyP 2012 (diciembre), 187 Cita Online: AR/DOC/5569/2012.

debate parlamentario como son: la fertilización *post mortem*<sup>6</sup> y la gestación por sustitución<sup>7</sup>. Entonces, volvemos a preguntarnos acerca de cuáles son los temas que se abordan a continuación. Sintetizar los principales avances y tensiones que aún observa la regulación de las TRHA a la luz de lo acontecido en el derecho argentino, destacándose como dato nada menor en la línea referida a la necesidad de receptor y consolidar una mirada normativa laica –que tanto ha costado y aún cuesta en la temática en estudio– que, a fines del 2020, se sancionó la ley que admite la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación (Ley 27.610)<sup>8</sup>, intensificando un debate que

- 
- 6 El art. 563 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sobre “Filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida” disponía: “En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que 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”.
- 7 El art. 562 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación regulaba de manera precisa la figura de la “Gestación por sustitución”, disponiendo que “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.
- 8 Para profundizar sobre este otro hito legislativo se recomienda compulsar: Herrera Marisa, Gil Domínguez Andrés, Hopp Cecilia y de la Torre Natalia (coordinadora), *Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo Ley 27.610. Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia Ley 27.611*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021.

atraviesa a la Argentina desde hace varios años, entre aquellos que defienden un derecho de familia en singular (conservador, tradicional, de fuerte influencia religiosa, patriarcal y opresor) y quienes nos posicionamos, defendemos y hemos avanzado hacia la consolidación de un derecho de las familias en plural (humanizado, diverso, laico, horizontal y emancipador).

Esta tensión se refleja desde el punto de vista jurídico constitucional, tal como lo explica Gil Domínguez al referirse a una pieza legal clave como lo es el CC y C, que ha significado “un pasaje sin escalas desde un código del siglo XIX, que respondía al esquema de un Estado legislativo de derecho (en permanente tensión esquizofrénica con el paradigma de Estado constitucional de derecho vigentes entre 1853 y 1994 y con el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho vigentes desde 1994 hasta nuestros días), a un código del siglo XXI que re-cepta como estructura general de interpretación y aplicación, el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho argentino”<sup>9</sup>.

Esta lógica signada por la interacción, interdependencia e interpelación entre la legislación civil y el denominado “bloque de la constitucionalidad federal”, constituye la columna vertebral del CCyC conforme se lo expuso en los Fundamentos de su antecedente más directo, el Anteproyecto de reforma y unificación<sup>10</sup>. Allí se puso de resalto que “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos,

---

9 Gil Domínguez Andrés, *El Estado constitucional-convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 2015, p. 43.

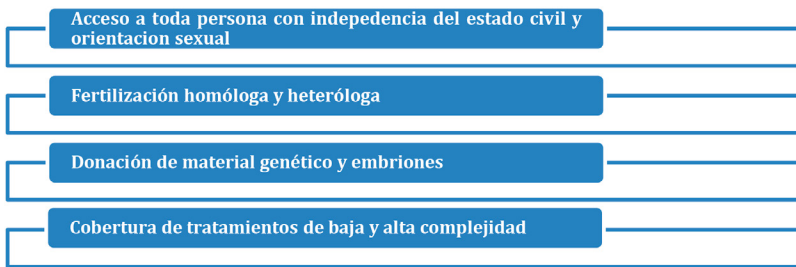
10 Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, compulsado el 18/07/2021.

y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”, agregándose: “Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

El marco constitucional-convencional es el contexto básico desde el cual se debe afianzar cualquier propuesta legislativa a los fines de alcanzar un régimen jurídico, coherente y robusto.

Es desde allí que se ha edificado el entramado legislativo que se sintetiza del siguiente modo:

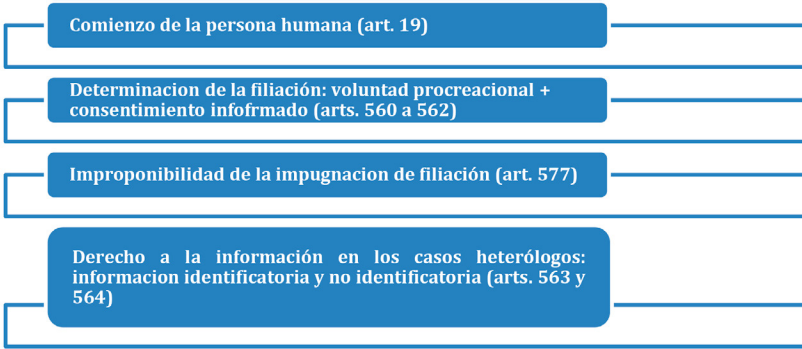
–Ley 26.862<sup>11</sup> de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y decreto reglamentario 956/2013<sup>12</sup> que, básicamente, se centran en la cuestión de la cobertura médica por parte de los diferentes efectores o sectores de salud (público, privado y obras sociales); en el que se parte de varias nociones básicas:



11 Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

12 Ver: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>

–Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 01/08/2015 que regula, básicamente, la cuestión de la filiación y otras cuestiones derivadas sintetizables en:



De este modo, la legislación civil compromete diferentes artículos vinculados a estas temáticas:

Art. 19: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Art. 560: “Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

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

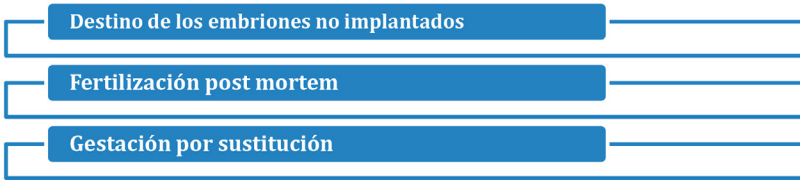
Art. 562: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro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

Art. 577: “Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”.

Art. 563: “Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”.

Art. 564: “Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

–Diferentes cuestiones que aún no han sido materia de regulación precisa y que se han elaborado proyectos de ley<sup>13</sup>:



Estos vacíos legislativos han obligado a la consecuente judicialización de estas temáticas, con los problemas que se derivan de ello, es decir, la inseguridad jurídica que genera la falta de una regulación precisa sobre diferentes aspectos que se derivan del avance del desarrollo y progreso científico.

Con la finalidad de profundizar sobre las cuestiones conflictivas que aún generan debate en el derecho argentino, se pasa a realizar un panorama general de ellos, advirtiéndose que en otro trabajo específico se profundiza sobre un debate central en la materia como lo es el relativo a la naturaleza jurídica del embrión no implantado.

---

13 (Ley especial de embriones) 2461–D–2021, fecha 08/06/2021, Trámite parlamentario N°68, Brawer Mara, ver: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://dequesetrata.com.ar/archivo/412341>;  
(Fertilización *post mortem*): 2149–D–2020, fecha 19/05/20, Trámite parlamentario N°47, Álvarez Rodríguez Maria Cristina, ver: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://dequesetrata.com.ar/archivo/324704>  
(Gestación por sustitución) 3524–D–2020, fecha: 15/07/2020, Trámite parlamentario N°84, Estevez Gabriela Beatriz, ver: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3524–D–2020.pdf>; 1429–S–2020, fecha 06/07/2020, Diario de Asuntos Entrados N°68, Cobos Julio Cesar Cleto, ver: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1429.20/S/PL>.

## **Cobertura médica y solidaridad del sistema de salud atravesados por el principio de razonabilidad**

Como punto de partida o puntapié inicial, una cuestión de suma relevancia en el campo de las TRHA desde el aspecto jurídico involucra la cuestión de la cobertura. Al respecto, la Corte Federal, en fecha 14/08/2018,<sup>14</sup> tuvo que expedirse sobre el acierto o no del art. 8 de la Ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, en lo que respecta a la cantidad de tratamientos de alta complejidad que deben ser cubiertos por el sistema de salud público, de obras sociales o privado.

El conflicto planteado era el siguiente. En primera instancia, se hizo lugar al amparo interpuesto por una pareja ante la negativa de una obra social a brindar a los actores la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida (ICSI), incluyendo el 100 % de los procedimientos y la criopreservación de embriones, de acuerdo con lo prescripto por el médico tratante hasta la consecución del embarazo. Apelada esa decisión por la demandada, la Cámara la confirmó en lo sustancial, pero limitó a tres los procedimientos a ser cubiertos y a 18 meses el plazo de cobertura de los gastos derivados de la crioconservación de embriones. Para así decidir, sostuvo que con arreglo al Decreto 956/13 la demandada está obligada a proveer un total de tres tratamientos de alta complejidad (art. 8°). Además, puntualizó que el art. 2° del anexo 1 del Decreto 956/13 contempla la criopreservación de embriones, con lo cual la demandada no puede eludir su cobertura, sin embargo, consideró prudente establecer un plazo ante la ausencia de

---

<sup>14</sup> Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/11/13/la-cs-jn-habilito-a-los-interesados-a-acceder-a-tres-tratamientos-anuales-no-totales-de-reproduccion-asistida-de-alta-complejidad/>



disposición legal al respecto. Contra este pronunciamiento, los actores dedujeron recurso extraordinario.

La Procuración en su dictamen sostuvo que “el artículo 8° del decreto citado estatuye que en los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos”. Sobre cómo debe ser interpretada esta disposición, asevera que “la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra, sin que sea admisible una exégesis que equivalga a prescindir del texto legal. Así, cuando la hermenéutica jurídica es clara, debe ser aplicada directamente”; es decir, que el término anual cabe para los tratamientos de baja complejidad y no así para los de alta complejidad. Al respecto, agrega que “la inteligencia propuesta por la juzgadora ha venido a ser convalidada por la autoridad de aplicación (...) Ese dato resulta relevante, pues las condiciones existentes en el momento de resolver deben ser tenidas en cuenta, aunque ellas hayan acaecido con posterioridad a la presentación del recurso federal (...) la propia ley remite a los criterios y modalidades de cobertura plasmados en la reglamentación y a la labor encomendada al Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación de este régimen”, es decir, se refiere a la Resolución MSN 1-E/2017 del 02/01/2017, que sigue la idea de que la cobertura médica es de tres tratamientos de técnica de alta complejidad de por vida, pero adoptándose un concepto amplio de qué se

entiende por “tratamiento”<sup>15</sup>. Por lo tanto, siguiéndose esta tésis, se concluye en el dictamen en estudio que “la exégesis que da fundamento al fallo impugnado resulta adecuada”.

Qué dice la Corte Federal. Adopta la postura amplia, es decir, que los tres tratamientos de alta complejidad son anuales y por ende sin límite temporal más allá de esta limitación anual, por lo cual es fácil comprender los problemas presupuestarios y de solidaridad y universalidad del sistema de salud que se deriva de esta postura amplia.

---

15 Sobre qué se entiende por “tratamiento”, la mencionada resolución distingue cuatro supuestos. En primer lugar, refiere al tratamiento de alta complejidad con técnica de fecundación *in vitro* (FIV) con ovocitos propios determinando que “*un (1) tratamiento de alta complejidad consistente en o con técnica de fecundación in vitro (FIV) con ovocitos propios comprenderá los siguientes procedimientos médicos/etapas: (i) una (1) estimulación ovárica —también denominada estimulación ovárica controlada—; (ii) una (1) aspiración ovocitaria bajo control ecográfico; (iii) un (1) procesamiento de espermatozoides mediante swim up o percoll; (iv) una (1) inseminación de los ovocitos; (v) un (1) cultivo in vitro hasta blastocito; y (vi) hasta tres (3) transferencias de embriones (en fresco o criopreservados)*”. En segundo lugar, alude al tratamiento de alta complejidad con técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) con ovocitos propios estableciendo que “*un (1) tratamiento de alta complejidad consistente en o con técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides con ovocitos propios comprenderá los siguientes procedimientos médicos/etapas: (i) una (1) estimulación ovárica —también denominada estimulación ovárica controlada—; (ii) una (1) aspiración ovocitaria bajo control ecográfico; (iii) un (1) procesamiento de espermatozoides mediante percoll y otros métodos especiales para la recuperación de espermatozoides; (iv) una (1) microinseminación; (v) un (1) cultivo in vitro hasta blastocito; y (vi) hasta tres (3) transferencias de embriones (en fresco o criopreservados)*”. Seguidamente, aborda el tratamiento de alta complejidad con técnica de fecundación *in vitro* (FIV) con ovocitos donados apuntando que “*un (1) tratamiento de alta complejidad consistente en o con técnica de fecundación in vitro (FIV) con ovocitos donados comprenderá los siguientes procedimientos médicos/etapas: (i) una (1) estimulación endometrial receptora; (ii) una (1) estimulación ovárica —también denominada estimulación ovárica controlada— de la donante; (iii) una (1) aspiración ovocitaria bajo control ecográfico de la donante; (iv) un (1) procesamiento de espermatozoides mediante swim up o percoll; (v) una (1) inseminación de los ovocitos donados; (vi) un (1) cultivo in vitro hasta blastocito; y (vii) hasta tres (3) transferencias de embriones (en fresco o criopreservados)*”. Por último, contempla el tratamiento de alta complejidad con técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) con ovocitos donados estipulando que “*un (1) tratamiento de alta complejidad consistente en o con técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides con ovocitos donados comprenderá los siguientes procedimientos médicos/etapas: (i) una (1) estimulación endometrial receptora; (ii) una (1) estimulación ovárica —también denominada estimulación ovárica controlada— de la donante; (iii) una (1) aspiración ovocitaria bajo control ecográfico de la donante; (iv) un (1) procesamiento de espermatozoides mediante swim up o percoll; (v) una (1) microinseminación de los ovocitos donados; (vi) un (1) cultivo in vitro hasta blastocito; y (vii) hasta tres (3) transferencias de embriones (en fresco o criopreservados)*”.

Veamos, por mayoría<sup>16</sup> la máxima instancia judicial federal del país dispone que “El decreto no especifica si se trata de tres en total o de tres en un determinado lapso temporal. Pero la lectura completa del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permite comprender que ese límite de ‘tres’ intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que explícitamente fue previsto para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en el primer tramo (en este caso cuatro). La norma ha sido diseñada en un único párrafo u oración por lo que la ausencia de referencia temporal en el caso de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad es solo producto de la utilización de un giro o recurso idiomático para evitar una innecesaria repetición de la palabra ‘anual’”.

¿Acaso es coherente con los principios y reglas que sostienen el derecho a la salud en un contexto económico– social complejo como el actual, y el que regía al momento de fallar la Corte cuando el Poder Ejecutivo procedió a suspender del calendario obligatorio de vacunación la entrega gratuita de la vacuna para la meningitis a niños de 11 años<sup>17</sup>, no limitar, en definitiva, la cobertura médica de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad? Interrogante abierta que se expone para tomar dimensión de la complejidad que involucra, máxime en un contexto de pandemia en el que la salud ha recobrado una centralidad en la agenda pública, en clave de solidaridad y acceso.

---

16 La disidencia estuvo a cargo del magistrado Rosenkrantz al compartir lo expresado en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante.

17 Clarín, “Meningitis: suspenden la vacuna en chicos de 11 años”, 21/08/2018, disponible en: [https://www.clarin.com/sociedad/salud/meningitis-suspenden-vacuna-chicos-11-anos\\_o\\_Brb48-Y8m.html](https://www.clarin.com/sociedad/salud/meningitis-suspenden-vacuna-chicos-11-anos_o_Brb48-Y8m.html), compulsado el 18/07/2021.

## La gestación por sustitución en acto

Otra temática para analizar de manera sucinta, ya que el objetivo del presente trabajo consiste en colocar sobre el escenario un panorama bien actual sobre los conflictos jurídicos que comprometen las TRHA (sin entrar a profundizar en cada uno de ellos), gira en torno a una figura que cada vez tiene más presencia en el derecho argentino. Nos referimos a la denominada gestación por sustitución. Sucede que hasta la fecha se han resuelto más de cincuenta casos en los que la persona gestante difiere o es otra persona quien tiene la voluntad procreacional de ser madre/padre; es decir, se produce la consecuente disociación entre gestación y maternidad/paternidad. ¿Qué hacer frente a esta realidad social? Una vez más, nos inclinamos a favor de su regulación, ya que el silencio normativo no suele ser una buena postura ante realidades que se profundizan y consolidan como lo venimos exponiendo hace tiempo, y cuyo debate se genera a partir de la propuesta regulatoria que se atrevió a dar el entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial<sup>18</sup>.

---

18 Para profundizar sobre esta práctica especialísima se recomienda, entre otros tantos: de la Torre Natalia, “La gestación por sustitución “hecha en casa”: el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo”, RDF 2017–I, 128 Cita Online: AP/DOC/1309/2016; Herrera Marisa y de la Torre Natalia, “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”, LL Cita Online: AR/DOC/3039/2016; Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora y de La Torre, Natalia, “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia””, LL Cita Online: AR/DOC/610/2017; Kemelmajer de Carlucci Aída, Lamm Eleonora y Herrera Marisa, “Gestación por sustitución en argentina. inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, LL Cita Online: AR/DOC/2573/2013; Notrica Federico y Curti Patricio Jesús, “Gestación por sustitución”, en Herrera Marisa (directora) *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, op.cit., tomo II, pp. 9–142; Notrica Federico, “Las diversas estrategias legales en los procesos de gestación por sustitución. El trabajo artesanal de los abogados debido a la falta de regulación”, RDF 2018–IV, 111 Cita Online: AP/DOC/478/2018 y Notrica Federico, “Dos nuevos fallos sobre gestación por sustitución. ¿Hasta cuándo el vacío legal?”, RDF 2017–VI, 57 Cita Online: AP/DOC/995/2017.

A los fines de lograr un panorama general, es dable destacar la existencia de un total de 57 fallos dictados y difundidos/publicados en diferentes revistas jurídicas que comprometen a 51 casos de gestación por sustitución, ya que solo unos pocos casos han obligado a que intervenga más de un tribunal como es la Cámara o Alzada, o incluso, en tres oportunidades los casos llegaron a la Corte Federal sin haberse expedido aún al respecto. De este universo jurisprudencial, la gran mayoría involucra proyectos parentales conjuntos de personas heterosexuales, en menor medida de parejas del mismo sexo y en una sola oportunidad, una decisión de carácter monomarental. Por la particularidad que observa este caso, se pasa a sintetizarlo.

Nos referimos al caso resuelto por el Juzgado de Familia de Primera Nominación de Córdoba, en fecha 06/08/2018<sup>19</sup>, en el que comparecen dos mujeres y solicitan a la justicia la homologación de un acuerdo arribado entre ambas de gestación por sustitución, y a tal fin solicitan que se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC.

La particularidad de este caso reside en varias cuestiones. En primer lugar, que se trata de una señora de aproximadamente 47 años de edad que se presenta con una amiga para que esta última lleve adelante la gestación de quien sería su hijx y para lo cual, se recurriría a un banco especializado, ya que el material genético –tanto los óvulos como el espermático– serían donados. Por lo tanto, este caso presenta una doble novedad: la mencionada monomarentalidad y, además, la ausencia de aporte de material genético por parte de quien tiene la voluntad procreacional, ya que por su edad no se puede utilizar para la realización de la técnica sus propios óvulos.

---

19 Juz. Fam. 1era. Nom. de Córdoba, 06/08/2018, “A. M. T. y otro – Solicita Homologación”, TR LALEY AR/JUR/39379/2018.

Otra particularidad del fallo recae en la ausencia o carencia de argumentación jurídica y, por el contrario, la sobreabundancia de argumentos personales que se esgrimen para hacer lugar al pedido de homologación y consecuente admisión de la gestación por sustitución.

Básicamente, con escasez de citas doctrinarias y jurisprudenciales, lo que prima en la sentencia son afirmaciones del siguiente tenor:

- Que “la diversidad de ideas y el debate sobre determinadas cuestiones, y más en lo jurídico, enriquece la cultura, mientras que la imposición de ideas, criterios y resoluciones en función de un principio de autoridad anula toda posibilidad de crecimiento”.
- Que “En la demanda y en cumplimiento de cargas procesales queda expuesta la vida privada de las partes, de ahí y como un punto de equilibrio, considero necesario poner en conocimiento de las requirentes que ninguna opinión o creencia que pueda tener teñirá el contenido de la resolución puesto que como lo expuse, no me considero “juez de la vida” de nadie, a lo sumo, y con agrado ejerzo la función jurisdiccional, pero nada más.
- Que “En los términos en que se resolverá la causa, se tendrá como único límite lo que considero que es el derecho aplicable. Tampoco me considero un “patán” en busca de una gloria efímera a costa del sentir de las personas que transitan el Tribunal a mi cargo”.
- Que “si se me permite, se tenga la absoluta tranquilidad que ninguna motivación que no sea jurídica, y con mis propias limitaciones, se podrá encontrar en el discurso de la presente resolución”.

- Que “la misma cara y preocupación con que se presentaron a la audiencia, las viví desde temprana edad, puesto que mi padre, en vida, fue ginecólogo con especialidad en tratamiento de esterilidad y fertilidad, con otros procedimientos sin dudas y a quien desde niño acompañé en el ejercicio de su profesión. Conozco de cerca y por haberlo visto, el dolor y el sufrimiento que trae aparejado no solo la imposibilidad de tener hijos, sino también cuando el embarazo se difiere en el tiempo”.
- Que “resulta hasta casi imposible para cualquier persona con una sensibilidad media, aún en tiempos como en los que vivimos y en una sociedad cuasi caníbal en donde pareciera que el vale todo se impone, no conmoverse ante una persona que reclama ser madre o ser padre, más aún para aquellos que tenemos hijos”.
- Que “podían tener la tranquilidad que no estaban en manos de “un loco”, en el sentido de que antepondría intereses, creencias y percepciones personales a una decisión que considere justa y justificada en derecho, no mostrándome indiferente a la forma en que piensan, expresan sus sentimientos y la voluntad de la Sra. ... de ser madre, puesto que jamás podría proceder de ese modo. Puede que tenga el defecto que se quiera inventar o pensar, pero no soy indolente, lo que no me releva de cumplir con la función judicial que se me encargara, aún de modo transitorio, conforme a derecho”.

En este contexto de argumentaciones poco jurídicas, se hace lugar “en el caso en concreto” –siendo esta consideración redundante en el marco de un sistema de control de constitucionalidad difuso como el que se recepta en el derecho argentino– a la inconstitucionalidad del art. 562 y por lo tanto, se homologa

el contrato de gestación por sustitución recomendando a las peticionantes “que ponga en conocimiento del hijo, una vez nacido, su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez de aquel lo vaya permitiendo”.

Más allá de la falencia argumentativa que observa este precedente, que es el más novedoso en lo relativo al planteo fáctico que compromete, lo cierto es que la realidad de la gestación por sustitución se hace sentir con las consecuencias que se debería derivar de ello: la necesidad de contar con una legislación que se anime a regular esta figura, cuya presencia social es cada vez mayor, comprometiendo situaciones cada vez más diversas y plurales. Máxime cuando la gran mayoría de los casos esgrimidos en la justicia argentina compromete relaciones de parentesco –hermanas, primas, cuñadas– o de íntimas amigas, es fácilmente comprobable el vínculo que une a la gestante con una de las personas que quiere ser progenitora mediante el uso de esta especial técnica de reproducción asistida. ¿Cuál es el fundamento para negar, cuando se trata de planteos genuinos atravesados por el afecto y el altruismo, la decisión de una mujer de gestar el hijo/a para otra/o?

Como se puede apreciar, cuando se generó todo este debate allá por el año 2012, ni bien se publicitó la redacción del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, las voces refractarias y contrarias a la figura en análisis se hicieron escuchar y ellas –entre otras presiones– fueron la causa de la quita en la redacción final del texto civil aprobado. Han pasado algunos años desde aquel entonces, y en la actualidad la aceptación –para algunos, la resignación– es elocuente: las voces doctrinarias como jurisprudenciales son absolutamente mayoritarias. Al respecto y como síntesis, cabe traer a colación una de las tantas conclusiones arribadas en la comisión nro. 2



del Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia acontecido en Mendoza entre los días 9 y 11 de agosto del 2018<sup>20</sup>, cuyo eje de estudio fue, precisamente, la figura en revisión .

Allí se esgrimieron las siguientes conclusiones:

1. “Se debe modificar el actual artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en el sentido de dejar en claro que les nacidos por gestación por sustitución no son hijos de quien dio a luz, sino que en este caso, la filiación queda determinada por quienes han prestado su consentimiento informado, libre y previo”.
2. “Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”.
3. “Aún sin ley, en los casos de gestación por sustitución, los jueces deberían constatar previamente la existencia de los requisitos del artículo 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”.
4. “Se debe crear un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación”.
5. “Se debe regular la gestación por sustitución con carácter de orden público que vislumbre esta figura dentro de la problemática de la salud pública”.
6. “En los procedimientos de gestación por sustitución deben firmar los consentimientos con las formalidades prescriptas en los artículos 59, 560, 561 y 562 del

---

20 Comisión 2 “Bioética y Familias. TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica y persona” del Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, disponible en: <http://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/08/CONCLUSIONES-COMISION-2.pdf>, compulsada el 18/07/2021.

Código Civil y Comercial de la Nación cada una de las personas intervinientes, es decir, uno le gestante, y cada uno de los integrantes de la pareja, firmarán individualmente, uno cada uno”.

7. “En los casos de gestación por sustitución se debe garantizar que los niños nacidos de esta técnica accedan a su derecho a la información y el origen gestacional”.
8. “En los casos de gestación por sustitución quienes manifiesten la voluntad procreacional se debería denominar requirente/s y no comitente/s”.

En suma, si algo está bien claro en los tiempos que corren es que la gestación por sustitución es una figura que ha venido para quedarse en la sociedad argentina, de allí la relevancia de alcanzar una regulación sobre la base de estos y otros lineamientos básicos que la doctrina y la jurisprudencia argentina han colaborado a instalar y consolidar, a fines de alcanzar una normativa con identidad propia.

### **El ideal sería que nadie fallezca pero...: la fertilización *post mortem***

Otro de los conflictos jurídicos silenciados en la legislación argentina pero ruidoso en la práctica judicial y, por lo tanto, con fuerte presencia en la realidad social, gira en torno a la fertilización *post mortem*. Es decir, qué sucede en el proceso de TRHA cuando acontece el fallecimiento de alguno o ambos miembros de la pareja que pretenden ser progenitores por esta vía.

En el derecho argentino se han planteado diferentes supuestos de fertilización *post mortem*, con diferentes soluciones

judiciales. Ya esto demuestra la importancia de regular para evitar la inseguridad jurídica que se deriva de la falta de regulación.

El panorama judicial se puede sintetizar en el siguiente cuadro:

<b>Tribunal y fecha</b>	<b>Resolución</b>	<b>Situación comprometida</b>
1) Tribunal de Familia N° 3 de Morón, 21/11/2011	A favor	Gametos
2) Cámara 3°. de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/2014	A favor	Extracción compulsiva
3) Juzgado Nacional Civil N° 3, 3/11/2014	A favor	Gametos
4) Juzgado Nacional Civil N° 87, 05/05/2016	A favor	Extracción compulsiva
5) Juzgado Dist. Familia, Casilda Santa Fe, 25/11/2016	A favor	Embriones
6) ST. La Pampa, 31/10/2017	A favor	Embriones
7) Juzgado Nacional Civil N° 7, 27/11/2017, confirmado por Cámara Nacional Civil, sala B, 3/4/2018	En contra	Gametos
8) Juzgado Nacional Civil N° 7, 5/02/2020	En contra	Gametos

Como se puede observar, el estado del arte en la temática desde el punto de vista jurisprudencial es variado, ello porque en medio de los últimos planteamientos entró en vigencia el CCyC, que exige la actualización de la dupla conformada por la voluntad procreacional y el consentimiento informado para la realización de cada tratamiento. Esta ha sido una fuerte limitación por la cual, por ejemplo, los últimos supuestos esgrimidos rechazaron el pedido de transferencia por parte de una

mujer cuyo marido había fallecido y que contaba con material genético del mismo, obtenido de un proceso de fertilización o por prescripción médica en supuestos de oncofertilidad. Como se puede apreciar, las particularidades que se pueden presentar son bien diversas, adicionándose lo que se analiza más adelante con relación a la denominada extracción compulsiva de material genético tras el fallecimiento de una persona.

Si de fertilización *post mortem* y complejidad se trata, es dable destacar algunos conflictos suscitados en el derecho comparado, hábiles para demostrar la amplitud del tema en análisis. Veamos el siguiente caso resuelto por la justicia china cuya noticia fue publicada en varios medios de comunicación: “Tiantian nació el 9 de diciembre de 2017, más de cuatro años después de que sus padres murieran en un accidente de tráfico. Todo un milagro para sus cuatro abuelos, que se han enfrentado a una dura batalla legal en China para hacerse con los embriones que la pareja congeló antes de morir y llevarlos hasta Laos, donde uno se gestó con la ayuda de gestante” y que “Shen Jie y Liu Xin, oriundos de la ciudad de Yixing, se sometieron en marzo de 2013 a un tratamiento de fertilidad. Cinco días después, la pareja falleció en un accidente de tráfico. Los cuatro abuelos, decidieron explorar todas las opciones posibles para tratar de perpetuar su linaje. La primera dificultad recayó en si podían o no ser considerados herederos de esos cuatro embriones. Un primer juez se lo negó, pero una instancia superior les dio la razón tras apelar la sentencia. “Ambas familias han perdido a sus dos únicos hijos; la supervisión de estos embriones es una forma de aliviar tal dolor”, falló el tribunal. Pero aunque técnicamente eran ya suyos, el hospital denegó su entrega porque la ley solamente permite trasladarlos a otro centro médico pues, la gestación subrogada está prohibida en China en cualquier supuesto. En junio de 2016, a través de

una agencia extranjera y un pago 38 700 euros, un hospital de Laos –país fronterizo donde sí es legal– emitió un certificado en el que reclamaba los embriones. Las familias pagaron el coste del transporte y de su almacenamiento. Una vez alcanzado su destino, dos embriones fueron implantados en el útero de la gestante, uno de los cuales se desarrolló con éxito. Los dos restantes siguen congelados en ese centro hospitalario. El último problema antes del nacimiento fue cómo garantizar que el bebé tuviera nacionalidad china. Finalmente se optó por que la gestante diera a luz en territorio chino, al que entró con un simple visado de turista. Tiantian nació y logró la ciudadanía china después de que sus abuelos se sometieran a pruebas de ADN. Actualmente, vive en casa de sus abuelos paternos”<sup>21</sup>.

Más cercano en el tiempo, otra noticia de similares características ha dado la vuelta al mundo cuyo subtítulo dice: “La historia de una acaudalada pareja británica que ‘diseñó’ a su nieto y heredero con el esperma de su hijo fallecido y sin su consentimiento ha creado una gran polémica en el Reino Unido según publican varios medios nacionales”<sup>22</sup>. En este caso, se trataría de los padres de una sola persona y no como en el caso chino que involucraría doble material *post mortem*.

Más allá de que en el derecho argentino sería hartamente difícil que la justicia hiciera lugar a este tipo de peticiones, lo cierto es que esta clase de planteos son pertinentes para mostrar la complejidad que observa el desarrollo y consolidación de las TRHA, en especial cuando se entrecruzan dos figuras complejas en sí

---

21 El país, “El bebé que nació cuatro años después de la muerte de sus padres”, 12/04/2018, disponible en: [https://elpais.com/internacional/2018/04/12/mundo\\_global/1523522144\\_357624.html](https://elpais.com/internacional/2018/04/12/mundo_global/1523522144_357624.html), compulsado el 18/07/2021.

22 [https://amp.elperiodico.com/es/sociedad/20180910/pareja-britanica-configura-nieto-esperma-hijo-fallecido-7026735?\\_\\_twitter\\_impression=true](https://amp.elperiodico.com/es/sociedad/20180910/pareja-britanica-configura-nieto-esperma-hijo-fallecido-7026735?__twitter_impression=true), compulsada el 18/07/2021.

mismas como lo son la gestación por sustitución y la fertilización *post mortem*.

Como cierre de esta temática compleja, se trae a colación un caso resuelto en fecha 26/02/2018 por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro<sup>23</sup>. Antes de comenzar con la síntesis de la plataforma fáctica y jurídica, cabe destacar que este caso no es técnicamente un planteo de fertilización *post mortem* porque la persona sobre la cual se pretende obtener material genético (semen) no falleció, sino que se encuentra en estado vegetativo. Precisamente, esta diferencia es la que permite que se pueda contar con un conflicto al respecto, que ha transitado por tres instancias judiciales sin que el tiempo sea un elemento sustancial para tener que decidir el pedido en horas, que es lo que acontece cuando una persona fallece y se peticiona la extracción *post mortem*.

Sintéticamente, el caso es el siguiente. La esposa y curadora del Sr. M., peticiona autorización judicial para realizar un mapeo testicular percutáneo y se practique biopsia testicular microquirúrgica para la extracción de esperma para su posterior crioconservación. El marido había sufrido un accidente de tránsito y como consecuencia de ello, presentaba un politraumatismo encéfalo craneano grave que lo emplazó en un estado de hemiplejía y conciencia mínima. Ante este cuadro gravísimo, la esposa solicita autorización judicial para la práctica mencionada. Tanto en primera como en segunda instancia la petición es acogida de manera favorable en lo relativo a la extracción y criopreservación de esperma, aclarándose que este material no podría ser utilizado para ningún tratamiento de fertilidad sin contar con la correspondiente orden judicial.

---

23 STJ Río Negro, 26/02/2018, "M., J. A. s/ autorización judicial s/ casación", LL Cita Online: AR/JUR/1444/2018.

¿Cuál es el principal argumento esgrimido en ambas instancias para hacer lugar a la petición incoada? La aplicación analógica del caso “D.M.A. s/declaración de incapacidad” resuelto por la Corte Federal en el que se hizo lugar a que se deje de alimentar a una persona que llevaba varios años en estado vegetativo y, por lo tanto, entender que es viable la autorización judicial para una situación de carencia de voluntad por parte del propio involucrado, dadas las pruebas arrojadas al proceso en el que se pretendía demostrar su voluntad presunta. Ahora bien, aquí cabe preguntarse si es posible aplicar por analogía situaciones que de base son diferentes. Sucede que en el caso resuelto por la máxima instancia federal no estaba involucrado el derecho a formar una familia ni ningún proceso de reproducción asistida posterior, lo que sí está en el caso en análisis. Este es uno de los argumentos de peso que recepta el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro para revocar lo decidido en las instancias anteriores.

Admitida la petición en las primeras dos instancias, la Defensora de Menores e Incapaces interpone recurso de casación y el caso llega a la máxima instancia judicial provincial. Al respecto, cabe agregar que el caso tuvo intervención del Órgano de Revisión de la Ley de Salud Mental cuyo dictamen concluye que “el estado actual del Sr. M. corresponde a un síndrome vegetativo sin respuesta, no encontrándose en condiciones de comunicarse puesto que no comprende ni se expresa, por lo que con los instrumentos y tecnologías disponibles en este momento, no habría mecanismos de apoyo ni ajustes razonables y salvaguardias que permitan conocer sus deseos y preferencias.” En este contexto, la Defensora General emite su dictamen concluyendo “que no se encuentran reunidos los principios bioéticos que permitan conformar el consentimiento informado del Sr. M.” y “sostiene el recurso de casación”.

En tal caso, por mayoría el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro revoca y, por ende, deniega la autorización judicial solicitada fundada en los siguientes argumentos:

- Que “Así, mientras que el precedente jurisprudencial era relativo al consentimiento informado para ejercer el derecho a la muerte digna de quien padecía un estado vegetativo persistente (...) la petición de autos tiene por objeto la autorización para la extracción de muestras útiles de esperma con el fin de crioconservación”.
- Que “Lo que está en discusión en el presente caso, aún cuando la decisión de la Jueza de Primera Instancia y la confirmación de la Cámara lo parcialicen, es la voluntad de procreación del Sr. M. Situación de hecho totalmente disímil a la precedentemente reseñada, donde cobra importancia específica el consentimiento informado en las TRHA.”
- Que la práctica “tiene como finalidad última –a no dudarlo– la realización de un procedimiento con destino procreacional.”
- Que conforme al CCyC “la voluntad procreacional constituye la columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA. En ese sentido, el art. 560 CCyC establece el modo en que el consentimiento debe otorgarse en estos casos y señala que debe ser previo, informado y libre”.
- Que “la pretendida sustitución o recreación de esa voluntad procreacional en manera alguna se condice con los principios filosóficos de los que está imbuido el código vigente, que no hace sino tomar en cuenta el marco convencional que rige en la materia: el derecho esencial a la libertad, en el caso la libertad reproductiva, entendida como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad”.



- Que “La procreación forzada no puede ser objeto de un procedimiento de ejecución judicial”.

Esta es la postura mayoritaria, dado lo novedoso del planteo, las costas fueron decididas en el orden causado. Por el contrario, la magistrada Zaratiegui en disidencia sigue la lógica argumentativa seguida en las dos instancias anteriores al considerar que “se ha introducido en la decisión un tema ajeno al debate propuesto por la parte, en autos la Sra. A.C.Y. en su carácter de curadora judicial del Sr. J.A.M. solo solicitó autorización judicial para la realización de un mapeo testicular percutáneo y biopsia testicular micro quirúrgica a realizarse en el cuerpo de éste último en pos de la crioconservación de espermatozoides. En ninguna parte de su petición promovió autorización para la utilización del material genético que eventualmente se extraiga para procreación mediante las técnicas de reproducción humana asistida” y por lo tanto, “que las disquisiciones realizadas en torno a los requisitos exigidos para la configuración de la voluntad procreacional –columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA–, como fundamentos para revocar las sentencias de grado impugnadas y denegar la autorización judicial peticionada, exceden el marco cognoscitivo traído a debate”; agregándose que “las sentencias impugnadas, no sólo han respetado el derecho a la autonomía personal y autodeterminación del Sr. J.A.M. (...) sino que también tales pronunciamientos coadyuvan a garantizar el derecho a ser padre (...) Esta última consideración en modo alguno implica tomar partido sobre la voluntad procreacional del Sr. M”, empero “entiendo que la denegación de la autorización peticionada podría conspirar en el futuro contra el eventual ejercicio de tal derecho”.

Este decisorio general contiene varios e interesantes interrogantes que merecen ser destacados. En primer término, y tomando de base lo expresado en el voto en disidencia de la máxima instancia provincial, es claro que allí se incurre en una abierta contradicción. Sucede que, si bien se sostiene que en caso en análisis solo se plantea la autorización judicial para la extracción de semen, o sea, para un acto médico, tras esta afirmación se alude a garantizar el derecho a ser padre del señor J.A.M; por lo tanto, no se trataría de un acto médico individual y personal sino de un acto con innegables connotaciones que involucra a terceras personas. ¿Qué hubiera sucedido si el Sr. J.A.M tenía un hijx de una relación anterior? Es evidente que ese hijx hubiera tenido derecho a oponerse a tal acto de extracción y en especial, a la posterior transferencia para una posible fertilización que compromete a un padre en estado vegetativo o fallecido. He aquí entonces una consideración interesante para reafirmar que si bien se podría entender que se trata de un pedido de acto médico, ello lo es desde el punto de vista superficial ya que como bien se pone de resalto en el voto de la mayoría, no se puede perder de vista que la extracción de semen lo será en miras a un posterior tratamiento de TRHA y que en ese marco, de conformidad con el CCyC, se debe contar con la voluntad procreacional debidamente exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado del señor J.A.M, el que no podría ser suplido por la esposa y mucho menos por la justicia.

Vinculado a los interrogantes que genera el caso resuelto por la justicia de Río Negro, cabe destacar lo que expresa el CCyC en sus arts. 55 y 56. En el primero, referido a la “Disposición de derechos personalísimos”, se afirma que “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos

es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. Y en el segundo, el art. 56 dedicado a los “Actos de disposición sobre el propio cuerpo” que “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(...) El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”. Del juego de ambos artículos, complementados con los arts. 560 a 562 en materia de filiación derivada de TRHA, es hábil coincidir con la postura adoptada por la mayoría del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, siendo esta la que mejor responde a la télesis y finalidad del ordenamiento civil vigente.

### **Brevísimas palabras de cierre**

El presente ensayo ha tenido por objeto brindar un panorama bien actual de lo acontecido en el campo de las TRHA en el derecho argentino, como modo de compartir una experiencia sobre los debates ya sorteados y todos los que aún quedan por resolver.

Es sabido que toda labor de un/a investigador/a social consiste en desafiar y generar a la vez nuevos e incómodos interrogantes, ya que para miradas tradicionales y tibias están aún gran parte de las voces autorales que siguen vigentes en la

doctrina argentina y que de a poco van cediendo por la fuerza de la realidad: una realidad que los interpela de manera profunda y elocuente.

Ya lo ha sintetizado magníficamente el recordado periodista argentino Rodolfo Walsh: “Un intelectual que no comprende lo que pasa en su tiempo y en su país es una contradicción andante; y el que comprendiendo no actúa, tendrá un lugar en la antología del llanto, no en la historia viva de su tierra”.

Comprender lo que sucede con las TRHA y actuar en consecuencia es aún una de las grandes cuentas pendientes por parte de quienes buceamos en el campo del derecho de las familias en plural. Pluralidad y complejidad van de la mano, eso lo sabemos bien.