

# La procreazione medicalmente assistita. Prospettiva di bilanciamento dei diritti nell'esperienza argentina

*Diana Maria Castano Vargas\**

MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION. RIGHT'S BALANCING IN THE ARGENTINE EXPERIENCE

ABSTRACT: Both the legislative choices through which values of political, economic and bioethical values are expressed, and the jurisprudential choices, which is to say, the assessment, evaluation and legal qualification of a fact, act as a barometer of the fundamental institutional direction of a given system and its ability to cope with the accelerating evolution of science and technology and, consequently, the resulting changes in society. The issue of the law n. 26.862/2013 and of the implementing decree n. 956/2013, as well as the work of presiding judge with regard to protection, constitute the pressing response that the Argentine legal system has given to the phenomenon of medically-assisted reproduction.

KEYWORDS: Argentina; biolaw; medically assisted procreation; balancing of rights; family autonomy

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La disciplina della procreazione medicalmente assistita in Argentina – 3. I riferimenti normativi a livello provinciale in materia di procreazione medicalmente assistita – 4. La ley nacional n. 26.862 del 2013 e il decreto regolamentario n. 956 del 2013. I principi generali – 5. I presupposti – 6. Il sostegno dello Stato nell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita – 7. Lo status dell'embrione – 8. La crioconservazione e la diagnosi preimpianto – 9. La procreazione medicalmente assistita e la filiazione – 10. L'attribuzione della genitorialità nella filiazione da procreazione medicalmente assistita – 11. Il consenso informato – 12. La gestación por sustitución – 13. La fecondazione post mortem – 14. Note conclusive.

## 1. Introduzione

Il tema della procreazione medicalmente assistita e la sua regolamentazione all'interno di ogni Stato, costituisce una chiave privilegiata di lettura delle più rilevanti dinamiche osservabili nella società contemporanea.

Il bilanciamento dei diritti e degli interessi, talvolta in conflitto, che riguardano la materia, più che la tradizionale interpretazione, trova all'interno di ogni ordinamento giuridico una maggiore o minore rilevanza.

Sia le scelte legislative, mediante le quali si esprimono contenuti valoriali di natura politica, economica e bioetica, sia le scelte giurisprudenziali, ovvero l'accertamento, la valutazione e la qualificazione

---

\* *Dottoranda di ricerca in Humanities and Technologies: an integrated research path. Profilo giuridico. Università degli Studi «Suor Orsola Benincasa» di Napoli. Email: [castanodianamaria@gmail.com](mailto:castanodianamaria@gmail.com). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

giuridica di un fatto, danno conto delle coordinate istituzionali fondamentali di un determinato sistema giuridico e della capacità dello stesso di fare fronte all'incalzante evoluzione della scienza e della tecnologia e, di conseguenza, ai derivanti cambiamenti della società<sup>1</sup>.

Sul piano riproduttivo umano, la capacità di procreare si è vista diminuire drasticamente nelle ultime decadi. Il problema affligge non solo i paesi cosiddetti industrializzati, bensì anche quelli in via di sviluppo. Fattori come l'inquinamento ambientale, così come quello alimentare, l'aumento delle malattie a trasmissione sessuale, l'aumento di patologie psicologico-comportamentali, l'inserimento del genere femminile nel mondo lavorativo che comporta il più delle volte il posticipare la prima gravidanza, costituiscono le cause principali della sterilità o dell'infertilità di coppia.

Tale fenomeno ha suscitato particolare interesse da parte della scienza e della tecnologia che si sono adoperate per dare risposte e soluzioni. Il processo procreativo naturale è stato quindi oggetto di intervento esterno attraverso le tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita, d'ora in poi PMA.

Il ricorso a tali tecniche coinvolge diversi soggetti i cui diritti devono essere tutelati e, contemporaneamente, crea nuove situazioni giuridiche con effetti correlati che hanno bisogno di regolamentazione.

Le pagine successive si propongono di mettere in luce le caratteristiche e la regolamentazione che il fenomeno ha trovato all'interno del sistema giuridico argentino.

## 2. La disciplina della procreazione medicalmente assistita in Argentina

Per analizzare il panorama della PMA in Argentina, occorre innanzitutto specificare che la forma di Stato entro la quale il fenomeno si sviluppa è di tipo federale, con ampi poteri di autonomia demandati agli organismi federati, ragion per cui la rilevazione delle discipline che trovano applicazione deve necessariamente tener conto del pluralismo delle fonti normative e giurisprudenziali.

Il sistema giuridico argentino si regge su una Costituzione nazionale, 23 Costituzioni provinciali e una della Città Autonoma di Buenos Aires<sup>2</sup>. La Costituzione nazionale è stata oggetto di numerose modifiche, l'ultima delle quali, nel 1994, ha apportato tra le innovazioni più significative, la modifica dell'art. 75, comma 22<sup>3</sup>, in base al quale si è affermato il principio che i trattati stipulati con le altre

<sup>1</sup> T.E. FROSINI, *Declinazioni del governare*, Torino, 2018, pp. 75-77.

<sup>2</sup> E. ROZO ACUÑA, *Il Costituzionalismo in vigore nei paesi dell'America Latina*, Torino, 2012, pp. 596 ss.

<sup>3</sup> L'articolo 75, comma 22, secondo inciso della Costituzione Nazionale argentina recita: «La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara» (corsivo fuori testo).

nazioni, con le organizzazioni internazionali e i concordati con la Santa Sede<sup>4</sup>, in tema di diritti umani «tienen jerarquía superior a las leyes» dando vita a quello che è chiamato il «Bloque de Constitucionalidad Federal»<sup>5</sup>.

Per effetto di questa enorme innovazione costituzionale il sistema delle fonti oggi si è ampliato<sup>6</sup> perché comprende oltre alle fonti interne anche le fonti convenzionali internazionali<sup>7</sup>.

Un altro elemento dominante, di cui si deve tenere conto nell'analizzare il quadro normativo della PMA argentina, e in generale dell'America Latina, è il ruolo preponderante svolto dal giudice, e soprattutto dal giudice ordinario nell'esercizio delle funzioni di giudice d'Amparo<sup>8</sup>, perché, in presenza di un diritto positivo scarno e avaro di disposizioni legislative su determinate materie, il giudice argentino, al di là della sua specifica competenza può pronunciarsi anche su questioni costitucionales, nel momento in cui vengano sottoposti al suo giudizio, attraverso un Recurso de Amparo o Acción de Amparo, fatti che ledano o minaccino di ledere un diritto fondamentale<sup>9</sup>. L'attività del giudice oltre a

<sup>4</sup> G.J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1994, pp. 550-554.

<sup>5</sup> L. MEZZETTI, E.A. VELANDIA CANOSA, *La Justicia constitucional en Argentina*, in *Justicia constitucional. sistemas y modelos comparados*, Bogotá, 2017, pp. 61 ss; J.A. AMAYA, *Control de constitucionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 362 ss; G.J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1995, pp. 265-267.

<sup>6</sup> Il riconoscimento dei diritti contemplati nei diversi trattati internazionali comporta per lo Stato la soggezione a una serie di obblighi che si possono riassumere, in base a un'autorevole interpretazione della dottrina, nel dovere di rispettare, proteggere, garantire e promuovere i diritti in questione. Come si può facilmente dedurre, il complesso di obblighi che scaturiscono dal processo di «costituzionalizzazione» così avvenuto è stato molto ampio e variegato e ha rappresentato una potente arma nelle mani del conglomerato sociale al momento della esigibilità e tutela degli stessi.

<sup>7</sup> Invero, il nuovo codice civile e commerciale (CCC) argentino (riforma approvata dalla legge n. 26.994 sancita il 01/10/2014, promulgata il 7/10/2014, pubblicata sulla gazzetta ufficiale argentina «boletín oficial» il 08/10/2014) entrato in vigore il 01/08/2015, dispone all'art. 1 «Fuentes y aplicación» che: l'interpretazione e l'applicazione delle norme del codice dovranno essere eseguite in conformità con la Costituzione Nazionale e con le disposizioni dei trattati internazionali sui diritti umani.

<sup>8</sup> Sull'argomento v. D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 99 ss; E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edizione, Madrid, 1988, pp. 49 ss.

<sup>9</sup> L'*Acción de Amparo* o *Acción de Tutela* è un istituto proprio dei sistemi giuridici dell'America Latina. È nato in Messico e si trovava già presente agli inizi dell'Ottocento nelle prime costituzioni degli Stati Messicani e, naturalmente, nella Costituzione federale degli Stati Uniti Messicani del 1857.

L'*Acción d'Amparo* in Argentina, riconosciuta dall'articolo 43 della Costituzione Federale e regolamentata dalla legge n. 16.986 del 18 ottobre 1996 è uno strumento di tutela dei diritti fondamentali, un meccanismo di protezione della supremazia della Costituzione nei confronti dei pubblici funzionari e in genere di tutti i governanti che, nell'esercizio arbitrario o illegittimo del potere, possano concretamente o potenzialmente ledere, violare, restringere, alterare o minacciare i diritti o le garanzie esplicitamente e implicitamente in essa riconosciuti. Operando la stessa tutela anche nei casi in cui il soggetto attivo delle condotte lesive o minacciose sia un privato oppure una categoria particolare di soggetti dotati o meno di personalità giuridica. Durante il procedimento dell'*acción de amparo* il giudice adito prende la veste di *Juez constitucional de amparo* e il suo superiore gerarchico, il giudice d'Appello, veste di *Juez constitucional de amparo de segunda instancia*. La caratteristica principale del procedimento della *Acción de Amparo* è la sua sussidiarietà, sommarietà e rapidità al fine di consentire il ripristino del diritto violato e/o la cessazione della minaccia in tempi utili e congrui prima che il conflitto da cui trae origine si sia estinto.

risultare la via più idonea per una tutela effettiva, pone le basi per una regolamentazione di sostanza della materia e detta dei principi che si vanno formando, tassello dopo tassello, come un precedente giurisprudenziale.

### 3. I riferimenti normativi a livello provinciale in materia di procreazione medicalmente assistita

In Argentina la materia della PMA viene regolamentata da leggi nazionali e provinciali che garantiscono l'accesso integrale alle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>10</sup>, in quanto l'accesso stesso viene catalogato come *derecho humano*<sup>11</sup>. Accanto a tale normativa ve ne è un'altra costituita dal nuovo *Código civil y comercial argentino* (d'ora in poi CCC) del 2014, entrato in vigore il 1° agosto 2015 e che regola gli effetti dell'utilizzo delle tecniche di PMA.

A partire dagli anni Novanta l'Argentina ha avviato un processo di progressivi trasferimenti di competenze in favore delle Province, specie per quanto riguarda il settore della sicurezza e del benessere sociale. Tra la Provincia *Estado Provincial* e lo Stato *Estado Federal*, vige un sistema generale di riserva ai sensi dell'art. 121 della Costituzione, secondo cui ogni potere non espressamente delegato allo Stato appartiene alle Province.

Materie come l'educazione, la salute, l'ambiente, le imposte indirette, il riconoscimento e la protezione dei popoli indigeni, così come la prosperità e il benessere in genere del Paese (art. 41; 42; 75 commi 2, 17, 18, 19, e art. 125 Costituzionale) fanno parte invece di un regime legislativo di tipo concorrente tra i due sopracitati livelli di governo.

Il tema della PMA è connesso inscindibilmente al diritto alla salute<sup>12</sup>, in concreto alla salute riproduttiva, pertanto rientra tra le materie soggette al regime legislativo concorrente tra Stato e Provincia. In pratica, a seguito dell'avvenuta promulgazione di una legge quadro nazionale, le Province hanno due possibilità. Possono aderire semplicemente alla legge nazionale, oppure possono emanare una legge provinciale che, basandosi sui principi generali, disciplini più approfonditamente la materia nel proprio ambito.

Il giudice adito potrà accogliere o negare la *Acción de Amparo*. Nel caso in cui sia accolta, il giudice detta sentenza nella quale: indica l'autorità o il privato contro cui si concede l'*amparo*; determina la condotta (dare, fare, non fare) che dovrà essere eseguita; indica il termine per adempiere la decisione. Tale provvedimento ha valore di cosa giudicata rispetto al caso specifico.

Per approfondire v. E. ROZO ACUÑA, *Temas de derecho público comparado*, Urbino, 2010, pp. 65 ss; L. FROSINA, *L'acción de amparo nella esperienza costituzionale Argentina*, in [federalismi.it](http://federalismi.it) n.1/2014.

<sup>10</sup> La legge nazionale n. 26.862 del 2013 viene denominata come di «acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida».

<sup>11</sup> Difatti la legge n. 26.862 del 2013 regola l'«acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida».

<sup>12</sup> Sul tema del diritto alla salute v. sentenza Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/2000 – Fallos: 323:3229., reperibile on-line: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) (ultima consultazione 07/01/2018).

Nel livello nazionale la materia dell'accesso è disciplinata dalla *ley* n. 26.862 del 2013 e dal *Decreto Reglamentario*<sup>13</sup> n. 956 del 2013. Le Province ai sensi dell'art. 10 di tale legge possono aderire, oppure, in accordo con i principi in essa dettati, hanno la facoltà di emanare una loro regolamentazione interna<sup>14</sup>.

Delle 24 entità federative (23 Province e la Città Autonoma di Buenos Aires) in cui si articola il sistema argentino, solo sei hanno recepito le disposizioni nazionali sull'accesso quasi supinamente, cioè senza sancire alcunché in relazione all'ambito delle loro competenze. Questo è il caso di Chubut, La Rioja, Santa Fe, La Pampa, San Luis ed Entre Ríos. Altre entità federative invece hanno disciplinato la materia con proprie leggi *ex novo* oppure hanno novellato quelle già esistenti<sup>15</sup>.

Buenos Aires ha adottato la legge n. 14.208 del 2010 modificata dalla legge n. 14.611 del 2014, e dal *decreto reglamentario* n. 2.980 del 2010, decreto n. 564 del 2011 e decreto n. 376 del 2015, dalla risoluzione n. 7.237 del 2015, tra altre disposizioni; Cordoba, la legge n. 9.277 del 2005 modificata dalla legge n. 9.695 del 2009, oltre alle risoluzioni n. 0178 del 2009 e 0147 del 2012 *Apross*<sup>16</sup>; Neuquén, legge n. 2.258 del 1998<sup>17</sup> e legge n. 2.954/2014; Río Negro, legge n. 4.557 del 2010; Tierra del Fuego, legge n. 995 del 2014; Santa Cruz legge n. 3.225 del 2011, Salta legge n. 7964 del 2016. Altre Province come quella di Jujuy<sup>18</sup>, Formosa, Catamarca, Tucumán e Misiones, non hanno formalmente né aderito alla legge nazionale, né hanno adottato una legislazione interna.

<sup>13</sup> Il *Decreto Reglamentario* è un regolamento di attuazione. È espressamente previsto nella costituzione argentina all'articolo 99 comma 2 che il potere esecutivo ha tra altre attribuzioni quello di emanare le *instrucciones* e i *reglamentos* che siano necessari per l'esecuzione delle leggi della Nazione, curando di non alterare il loro spirito. L'articolo fa riferimento ai cosiddetti «reglamentos de ejecución» che non sono altro che la manifestazione dell'attività regolamentaria del potere esecutivo. In riferimento v. A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, capitolo VII.

<sup>14</sup> L'art. 10 della legge detta: «Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes».

<sup>15</sup> Per la consultazione delle normative interne e approfondire sull'argomento, v. M. AIZENBERG, *Informe Preliminar Ley 26.862 del 2013 Reproducción humana asistida. Aportes para el camino hacia su reglamentación. Los desafíos pendientes*, in *Observatorio de Salud Facultad de Derecho Universidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, pp. 20 ss, reperibile on-line: [www.derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar) (ultima consultazione 13/01/2018).

<sup>16</sup> La *Resolución* n. 87/10 *Apross* è stata dichiarata incostituzionale (*inter partes*). In data 12/05/2014 per il tramite dell'Acción de Amparo V. S. L. y otro c/ Administración Provincial de Seguros de Salud, il giudice di seconde cure Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, ha confermato la sentenza che dichiarava incostituzionale la *Resolución* n. 87/10 nella parte in cui si disponeva l'esclusione delle tecniche di PMA nei confronti delle donne che avevano avuto in precedenza figli biologici: «Corresponde confirmar la sentencia que en cuanto declara la inconstitucionalidad de la resolución n. 87/10 emitida por el Directorio del demandado que excluye a las afiliadas que hayan tenido hijos biológicos de los alcances del programa de fertilización asistida aprobado por la resolución N° 178/09».

<sup>17</sup> Si tratta della Legge per la quale si crea «en el ámbito de la Provincia de Neuquén la Comisión Provincial Permanente de Fecundación Asistida e Investigación Genética».

<sup>18</sup> In discussione progetto di legge di adesione alla legge n. 26.862/2013 della Provincia di Jujuy: *Expediente: 208-DP-15*.

#### 4. La ley n. 26.862 del 2013 e il decreto reglamentario n. 956 del 2013. I principi generali

Come accennato si deve evidenziare che la legge nazionale n. 26.862 del 2013 è una legge che disciplina e garantisce l'accesso integrale ai procedimenti e alle tecniche di PMA.

Il suo decreto attuativo n. 956 del 2013 dispone nella parte motivazionale<sup>19</sup> i principi e i diritti base su cui poggia l'intera disciplina. Infatti, sono dichiarati e sanciti i diritti di ogni persona alla paternità/maternità, a formare una famiglia e il diritto alla tutela della salute. Il tutto improntato sulla base delle garanzie concordanti e preesistenti riconosciute dalla Costituzione nazionale e dai Trattati di rango costituzionale (art. 75, comma 22) e in concreto sulla base dei principi di autodeterminazione, dignità, uguaglianza, non discriminazione, così come del diritto ad usufruire dei benefici e dei progressi della scienza e della tecnologia.

Da tale coinvolgimento normativo è ravvisabile una sorta di *statuto* che si regge sui seguenti elementi essenziali: la centralità della persona dalla quale derivano la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo; la pari dignità sociale e l'uguaglianza dei cittadini; il valore della ricerca scientifica e tecnologica, della quale i poteri pubblici sono chiamati a promuovere sviluppo e potenziamento, garantiti a partire dalle dichiarazioni degli stessi trattati internazionali sui diritti umani.

Una diretta specificazione del rapporto tra tali principi costituzionali è rappresentata da copiosa giurisprudenza e dagli artt. 41 e 42 Cost. che riconoscono nella salute un fondamentale diritto dell'individuo<sup>20</sup>, propedeutico e necessario al pieno soddisfacimento della persona. Da ciò scaturisce l'obbligo del legislatore di introdurre una appropriata disciplina della materia tenendo conto degli obblighi di assistenza sanitaria e di accesso alle cure con il miglior grado di tecnologia disponibile autorizzata, e della garanzia primaria del diritto di libertà ad essi connessi.

#### 5. I Presupposti

Rispetto all'individuazione delle concrete *rationes* sulle quali si erige l'impianto normativo, il legislatore argentino riporta una finalità pluralista che non si limita al solo superamento dell'infertilità o sterilità. Difatti la disciplina ha un'impronta molto più estensiva in quanto punta ad un obiettivo superiore, e cioè quello di voler garantire a tutte le persone la paternità/maternità, e quindi, la formazione di una famiglia.

La scelta di diventare genitori è espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi; la condizione di non poter portare a termine una gravidanza, oppure l'impossibilità *ex ante* di raggiungerla in forma naturale, viene vista non solo come una malattia -le cui cure devono essere garantite dallo Stato attraverso i diversi livelli essenziali di assistenza, tutelando al contempo la salute

<sup>19</sup> È caratteristico degli ordinamenti dell'America Latina che nei «Decretos Reglamentarios» o talvolta nelle Leggi vengano indicate, come preambolo, le loro motivazioni con la parola «considerando».

<sup>20</sup> Sul particolare cfr. sentenza Campodónico de Beviacqua, Ana Carina/Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas – Fallos 323:3215; sentenza Monteserrín – Fallos 324:3571, in cui si afferma che: «el derecho a la preservación de la salud está reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y el Estado debe asumir las obligaciones que derivan de él, a partir de compromisos adquiridos en el marco del derecho internacional».

fisico-riproduttiva oltre che quella psichica- ma anche come un impedimento rispetto al fine primario della procreazione, e dell'aver una discendenza.

Come corollario, rispetto alla legittimazione del ricorso alle tecniche di PMA, sia la legge che il decreto non ne limitano l'accesso alle sole coppie con problemi di sterilità o infertilità<sup>21</sup>. La disciplina è molto ampia e non impone espressamente né il vincolo del matrimonio né che la coppia sia composta da soggetti di sesso diverso. Sul punto, il quinto capoverso dei «considerandos» del decreto dispone che «la Ley n. 26.862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado» (grassetto fuori testo), dichiarazione questa dalla amplissima portata che, non solo non impone un limite minimo/massimo di età<sup>22</sup> al fine dell'accesso alle tecniche di PMA, bensì allarga l'accesso anche alle persone *single*<sup>23</sup>.

La legge, ai sensi dell'articolo 8 amplia ulteriormente la garanzia sull'accesso alle tecniche di PMA permettendone l'utilizzo ai minorenni che, anche se non alle porte di una gravidanza desiderata, in vista della loro sottoposizione ad eventuali terapie mediche, come nel caso di pazienti oncologici, possano correre il rischio di vedere menomata la loro fertilità. In tali casi, è frequente fare ricorso a tecniche come la criopreservazione o la vetrificazione di tessuti riproduttivi per garantire, in un futuro, la possibilità di una gravidanza.

<sup>21</sup> Su questo punto si ricordano le sentenze Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, «O.R.N. c/Unión Personal s/incidente de medida cautelar» del 29/06/2010; e sentenza Juzgado Federal nº 2 de Córdoba, «B.S.B. y otro c/Obra Social de Petroleros (OSPE) s/amparo» del 5/11/2010 in cui si condanna «a cubrir total e integralmente hasta tres tratamientos de fertilización in vitro con técnica ICSI a favor de la pareja amparista, imposibilitada a procrear por la endometriosis severa padecida por la mujer. (...) [L]a existencia de un funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a algunas personas de cualquier nivel socioeconómico de crear una familia, debe ser considerada como una enfermedad o patología, debiendo reconocérseles en consecuencia a dichas personas el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación».

<sup>22</sup> Risulta doveroso precisare che nei giorni precedenti la chiusura del presente contributo, il *Ministerio de Salud* argentino ha emanato la risoluzione n. 1044/2018 in cui si stabiliscono dei limiti per l'accesso alle tecniche di PMA. Tali limiti di età (rispetto ai quali la dottrina più autorevole ravvisa profili di illegittimità costituzionale) riguardano soltanto le donne, determinando una distinzione nei casi in cui vengano utilizzati nei trattamenti ovuli propri (44 anni) o donati (51 anni): «Artículo 1° Establécese que todo tratamiento de reproducción médicamente asistida con óvulos propios se realizará a mujer de hasta cuarenta y cuatro (44) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario. Artículo 2° Establécese que todo tratamiento de reproducción médicamente asistida con óvulos donados se realizará a mujer de hasta cincuenta y un (51) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento. Artículo 3° Establécese para el supuesto de que la mujer de entre cuarenta y cuatro (44) y cincuenta y un (51) años de edad hubiera criopreservado sus propios óvulos antes de cumplir la edad de cuarenta y cuatro (44) años, podrá realizar cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida con dichos óvulos propios criopreservados.» Risoluzione reperibile on-line : [servicios.infoleg.gob.ar](http://servicios.infoleg.gob.ar) (ultima consultazione 12/07/2018).

<sup>23</sup> In argomento, cfr. sentenza emessa dal 18° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, Amparo, expediente n. 251.412, del 26 settembre 2015, in cui il giudice d'Amparo concede la tutela in favore di parte attrice e contro la OSEP «Obra Social de los Empleados Públicos» in cui ordina a quest'ultima a «otorgar, en forma inmediata a la notificación de la presente resolución, la cobertura integral (100%) de tres intentos de fertilización «in vitro» (FIV) convencional o bien por aplicación de técnica ICSI, según resulta más conveniente al estado de salud de la paciente, con espermodonación, incluida medicación y gastos».

Pertanto ciò che maggiormente conta è l'intento di soddisfare la volontà<sup>24</sup> di diventare genitori con base nei principi di autonomia e autodeterminazione della singolo o della coppia<sup>25</sup>.

Dall'altro canto, un requisito di primaria importanza ai fini dell'utilizzo delle tecniche di PMA è il consenso. Ai sensi degli articoli 1° e 2° della legge n. 26.862 del 2013, la PMA è configurata come l'insieme di procedimenti e tecniche medico sanitarie per il raggiungimento di una gravidanza il cui elemento essenziale è la esplicitazione del consenso informato che deve manifestarsi con le forme e con le modalità che all'uopo sono previste dalla legge nazionale n. 26.529 del 2009 sui *Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado*.

Il consenso espresso attraverso la sottoscrizione di appositi moduli, del singolo, o della coppia, ha ad oggetto le prestazioni medico-assistenziali delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Il decreto n. 956 del 2013 impone che detto consenso debba essere fornito per iscritto prima di procedere ad ogni prestazione medica. La sua recova è cessa a seconda delle tecniche a cui si accede, e vuol dire che nel caso di tecniche cosiddette di bassa complessità il consenso sia revocabile in qualsiasi fase del trattamento o fino al momento prima dell'inizio dell'inseminazione. Invece per quanto riguarda le tecniche ad alta complessità, il consenso può essere revocato fino al momento prima dell'impianto dell'embrione, quindi anche nel caso di fecondazione in vitro già avvenuta.

Si deve altresì rilevare l'importanza della sottoscrizione del plurinominato documento che può assolvere diverse funzioni, sotto svariati profili: concludere un contratto di assistenza medica; consentire al medico di procedere con i trattamenti; assumere infine nei confronti del nascituro la responsabilità genitoriale che deriva dalla procreazione attraverso l'utilizzo delle tecniche di PMA. Un'analisi più approfondita sarà svolta nelle successive pagine.

## 6. Il sostegno dello Stato nell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita

La motivazione principale che sottostà all'emanazione della legge n. 26.862 del 2013 sta nel voler assicurare che le prestazioni di PMA siano garantite attraverso le tre categorie di prestazioni in materia di salute: *servicio público*, della *seguridad social* (obras sociales) e *privado* (medicina prepagada)<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Sull'importanza dell'elemento volitivo v. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, in *Revista de Derecho Privado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, maggio 2012, pp. 19 ss, reperibile on-line: [www.uba.ar](http://www.uba.ar) (ultima consultazione 09/12/2018).

<sup>25</sup> Sul punto v. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, pp. 8.

<sup>26</sup> Il Sistema Sanitario Nazionale argentino, di carattere universalistico, è composto da tre sottosistemi o sottosettori differenziati e strutturati per garantire l'assistenza sanitaria ai differenti segmenti della popolazione; il sottosistema di: a) «servicios públicos» a carico del governo nei livelli nazionale, provinciale, e municipale; b) «seguros sociales» composto dalle differenti «Obras Sociales» e il sottosistema «privado»; c) il sottosistema privato è composto da imprese di medicina prepagata, convenzionata, cooperative e prestatori di servizi di salute indipendenti, prestano i servizi in base al reddito dei propri affiliati che, di regola, sono privati senza un rapporto di lavoro subordinato. Per approfondire v. L. GIOVANELLA, *Los sistemas de salud de Argentina, Brasil y Uruguay en perspectiva comparada*, in *Observatorio MERCOSUR de Sistemas de Salud*, Rio de Janeiro, agosto del 2013, pp. 70-72, reperibile on-line: [www.oiapss.org](http://www.oiapss.org) (ultima consultazione 18/01/2018).

Tutto ciò a tutela del diritto alla salute fisica e psicologica qualificato come diritto fondamentale da parte del sistema giuridico argentino, anche nell'accezione del «diritto alla riproduzione»<sup>27</sup>.

In quest'ottica, la disposizione normativa di cui all'articolo 8 della legge, afferma che «el sector público de salud» deve includere, tra le prestazioni mediche obbligatorie, la copertura integrale e interdisciplinare di attività di consulenza, diagnosi, somministrazione di medicinali e di terapie di sostegno, nonché i procedimenti e le tecniche che l'Organizzazione Mondiale della Sanità prevede al fine della riproduzione medicalmente assistita e cioè: l'induzione di ovulazione, la stimolazione ovarica controllata e la conseguente ovulazione, le tecniche di riproduzione assistita (TRA); l'inseminazione intrauterina, intracervicale o intravaginale, con gameti del coniuge, convivente o di un donatore<sup>28</sup>.

Tutte queste prestazioni debbono essere finanziate ed erogate dal SSN, utilizzando la migliore tecnologia disponibile autorizzata allo scopo, in accordo con i criteri e le modalità stabilite dalla *autoridad de aplicación* (cioè il Ministero della Salute della Nazione Argentina unitamente alla *Superintendencia de Servicios de Salud*)<sup>29</sup>, che non può, in alcun modo, introdurre requisiti o limitazioni connessi all'orientamento sessuale o allo stato civile dei destinatari<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Tema più ampiamente trattato in A. GIL DOMÍNGUEZ, M.V. FAMÁ, M. HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, capitoli I y II; N. LLOVERAS, S. MARCELO SALOMÓN, *La familia desde la Constitución Nacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, capítulo I; E. JELIN, *La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporánea* in A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (a cura di), *La familia en el nuevo derecho*, Santa Fe, 2009, Tomo I, pp. 135 ss

<sup>28</sup> Le tecniche di PMA o tecniche di riproduzione assistita (TRA) come denominate dalla legge n. 26.862 argentina, sono: le tecniche di I livello, dette anche di «bassa tecnologia» o di «fecondazione in vivo»; le tecniche di II livello che possono essere definite «di alta tecnologia» e di «fecondazione in vitro» perché il contatto tra spermatozoo e ovocita avviene al di fuori della naturale sede uterina.

L'inseminazione intrauterina, intracervicale o intravaginale, con gameti del coniuge, convivente (fecondazione omologa) o di un terzo donatore (fecondazione eterologa) è una tecnica di bassa complessità in cui l'inserimento degli spermatozoi avviene mediante un apposito catetere all'interno della cavità uterina.

Le tecniche di riproduzione assistita di alta complessità più note sono: la FIVET (Fertilization In Vitro Embryo Transfer), la ICSI (Intra-Cytoplasmic Sperm Injection).

La FIVET è una delle tecniche più diffuse al mondo. Questa tecnica prevede due fasi: la fecondazione in vitro (Fertilization In Vitro: FIV), cioè l'unione e la coltura extracorporea dei gameti, ovocito e spermatozoo e il successivo trasferimento dell'embrione (Embryo Transfer: ET), precedute da altrettante due fasi preliminari (l'iperstimolazione ovarica controllata e il prelievo degli ovociti). Gli embrioni rimanenti (sopranumerari) vengono crioconservati.

La ICSI o comunemente chiamata microiniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo, comporta che la fecondazione dell'ovocita venga ottenuta mediante iniezione (si usa una micropipetta) intracitoplasmatica di un singolo spermatozoo all'interno dell'ovocita (adeguatamente preparato) sotto il controllo dell'occhio umano, guidato da microscopio. Verificata l'avvenuta fecondazione, gli embrioni vengono trasferiti successivamente nella cavità uterina come per la FIVET. I tempi che precedono la fecondazione sono uguali a quelli della FIVET.

Una analisi approfondita può essere eseguita in F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita: Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, pp. 5-33.; C. FLAMIGNI, *Il primo libro della sterilità, I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*, Torino, 2009, pp. 261 ss.

<sup>29</sup> M. HERRERA, E. LAMM, *Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, luglio 2013, pp. 2-4.

Secondo l'articolo 6° della legge n. 26.862 la funzione principale del Ministero di Salute è quella di adottare le misure necessarie per garantire il diritto di accesso egualitario alle pratiche di PMA, a tale fine dovrà nelle sue

Orbene, l'art. 9 della legge afferma che, al fine di garantire l'adempimento degli obblighi di legge, il Ministero della salute della nazione argentina è obbligato a provvedere alla predisposizione di uno specifico impegno di spesa annuale.

Del resto, si evidenzia che tale garanzia viene resa effettiva anche attraverso l'intervento del Giudice d'Amparo che, in ripetute occasioni, ha ordinato alla struttura sanitaria competente l'erogazione di tutti i trattamenti di PMA, la somministrazione di medicinali ai fini della procreazione, arrivando perfino a ordinare la copertura integrale delle spese sostenute per vitto e alloggio, nel momento in cui le tecniche siano state effettuate in una città diversa da quella di residenza<sup>31</sup>. Tutto ciò attesta che in Argentina l'Acción de Amparo<sup>32</sup> consente di concretizzare il diritto alla salute, di renderlo alla portata di tutti quale diritto fondamentale, esigibile e tutelabile attraverso meccanismi solleciti e immediati.

Infine, ai sensi dell'articolo 8 del decreto, il SSN dovrà garantire e coprire tutte le spese in favore di ogni «habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente»<sup>33</sup>, allargando in questo modo la tutela dei diritti in parola anche a chi non è cittadino argentino o a chi essendolo si trova in una Provincia in cui il sistema sanitario provinciale non offre le garanzie della migliore tecnologia.

---

vesti di «Autoridad de aplicación» coordinare con le autorità sanitarie Provinciali e della Città Autonoma di Buenos Aires, la creazione e/o lo sviluppo dei diversi servizi di PMA, sia di alta che di bassa complessità da erogarsi in ogni giurisdizione, mirati all'adempimento degli obblighi imposti dalla normativa sulla materia (art. 6, Decreto 956/2013).

<sup>30</sup> I trattamenti garantiti nei termini della legge n. 26.862 sono un numero massimo di quattro (4) trattamenti annui di bassa complessità e fino a tre (3) trattamenti di alta complessità con intervalli minimi di tre (3) mesi. Secondo l'articolo 8 paragrafo 4° si dovrà sempre iniziare con le tecniche di bassa complessità come requisito previo l'uso delle tecniche di maggiore complessità, fermo restando i casi in cui ci sia una giustificazione a ricorrerle direttamente.

<sup>31</sup> Si pensi ad esempio che spesso il Giudice d'Amparo Costituzionale ordina alla struttura sanitaria competente che si provveda a coprire integralmente i trattamenti di fertilizzazione assistita, la somministrazione di medicinali e perfino il necessario per il trasporto, oltre a vitto e alloggio dei singoli o delle coppie, nel caso non si disponga di propri mezzi economici e sia necessario recarsi in un'altra città per la pratica della PMA. «V.» ad esempio la sentenza del Tribunale Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata caso: «C., N. y otro c/ Unión Personal/Amparo». Fascicolo n. 13.595 del 11/10/2012, in cui il Tribunale adito ordina «1°) Revocar el decisorio fs. 36/39 y, en consecuencia; hacer lugar a la acción de amparo incoada por la Sra. N. C. y el Sr. M. V. contra la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UP), ordenando a la obra social demandada que provea lo conducente y brindar a los actores la cobertura total e integral del tratamiento de fertilización asistida, que conforme prescripción médica- comprende tres fases: medicamentoso, ovodonación y Fertilización in Vitro (FIV), así como el traslado y alojamiento de los actores en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde deberá realizarse el tratamiento requerido en el Instituto CEGYR - Centro de Estudios de Ginecología y Reproducción (...) en la cantidad de oportunidades que fundamente y prescriba la profesional (...)»(corsivo fuori testo). Sentenza reperibile on-line: [aldiaargentina.microjuris.com](http://aldiaargentina.microjuris.com) (ultima consultazione 17/05/2018).

<sup>32</sup> L'Acción d'Amparo è disciplinata dalla Legge Nazionale n. 16.986 de 1966 «Artículo 1º. La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus».

<sup>33</sup> I requisiti per ottenere la «residencia definitiva» sono stabiliti dalla «Ley de Política Migratoria» n. 25.871 del 2004».



## 7. Lo status dell'embrione

Come primo aspetto occorre rilevare che la Costituzione nazionale del 1853, la cui ultima grande novellazione risale al 1994, non prevede all'interno della sua architettura, disposizioni ove sia solennemente riconosciuto il diritto alla vita o disposizioni dedicate allo statuto giuridico della vita umana, men che meno alla protezione dell'embrione. Le disposizioni cui comunemente dottrina e giurisprudenza fanno riferimento, quando trattano del diritto alla vita, sono l'articolo 29 Cost.<sup>34</sup> in parallelo con l'art. 33 Cost.<sup>35</sup>, che dettano soltanto generalissimi principi sulla tutela dei diritti. Per queste ragioni, il ricorso alla «constitucionalización» dei diritti insiti nei trattati internazionali sui diritti umani, finisce per diventare la fonte di rango costituzionale preminente cui fare riferimento (art. 75 comma 22 Cost.).

Diverse sono invece le espressioni con cui le Costituzioni provinciali trattano la materia della tutela del diritto alla vita, individuandola fin dal momento della *concepción*<sup>36</sup>. Nella Costituzione di Buenos Aires si afferma che tutte le persone nell'ambito della provincia godono del diritto *a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural* (art. 12 Cost.); Catamarca garantisce, come speciale diritto del bambino, *la vida desde su concepción* (art. 65° III, inc. 3); in Chaco, *La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos: 1) a la vida y a la libertad, desde la concepción* (art.15, inc.1, Cost); in Chubut gli abitanti godono del diritto *a la vida desde su concepción* (art. 18, inc.1, Cost); la Costituzione di Córdoba afferma che sono inviolabili *la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona* e ancora che ogni persona è titolare del diritto *a la vida desde la concepción* (arts. 4 e 19, inc.1, Cost. rispettivamente); in Formosa si afferma che *todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción* (art. 5, secondo capoverso, Cost.); in Salta *la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles* (art. 10, Cost.), in San Luis *la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles* (art. 13 Cost.) e, più avanti, *el Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde éste hasta su pleno desarrollo* (art. 49 Cost.); in Santiago del Estero, *todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida en general desde el momento de la concepción* (art.

<sup>34</sup> «Art. 29. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria».

<sup>35</sup> «Art. 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

<sup>36</sup> Tranne nella Costituzione più recente, quella della Provincia di «Entre Ríos» del 2008, in cui si riprende letteralmente la tutela del diritto alla vita, così come riportata dall'articolo 4, comma 1, della «Convención Americana sobre Derechos Humanos» il cui tenore letterale dispone che: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción» costituendo la dicitura «y en general» la base delle più schierate posizioni sul tema del momento in cui cominci la protezione del diritto alla vita. Per un esame accurato v. sentenza *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, testo integrale della sentenza reperibile on-line: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr) (ultima consultazione 20/01/2018).

16 Cost.); in Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur: *todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1 – A la vida desde la concepción* (art. 14 Cost.); infine la costituzione di Entre Ríos dispone che *la Provincia reconoce y garantiza a las personas el derecho a la vida y, en general, desde la concepción hasta la muerte digna* (art. 16 Cost.).

Per quanto riguarda le fonti nazionali ordinarie, il nuovo CCC apre il Capitolo I *Comienzo de la vida*, Titolo I *Persona humana*, con l'articolo 19 che tratta dell'inizio *de la existencia de la persona humana*, a partire dal *momento de la concepción*<sup>37</sup>.

A corollario di quanto sopra affermato si può concludere che il sistema giuridico argentino protegge il diritto alla vita fin dal momento del concepimento. Quello che invece rimane incerto è il concetto stesso di *concepción*, soprattutto quando essa sia avvenuta mediante l'utilizzo della PMA.

In ordine al momento in cui ha origine l'esistenza di una persona, vi è ampio dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è assai dibattuto. Secondo alcuni, la «*existencia de la persona*» inizia al momento del concepimento, e cioè quando avviene l'unione dei due gameti, sia che esso avvenga naturalmente che mediante l'uso delle tecniche di PMA. L'embrione ottenuto attraverso la fecondazione *in vitro* quindi, anche se non impiantato, deve essere considerato una vera e propria persona, un essere umano in fase di sviluppo fin dal momento della fecondazione, cioè dal momento in cui avviene l'unione dell'ovulo e dello spermatozoo<sup>38</sup>; ne consegue che all'embrione debbano essere garantiti i diritti di ogni persona, *in primis* il diritto alla vita che è il presupposto di qualunque altro diritto.

*A contrario sensu*, altri ritengono che il concepimento avvenga soltanto quando «*el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del utero*» e quindi non al momento in cui si verifica l'unione tra i gameti maschile e femminile (*fecundación*) bensì quando l'embrione si annida nella parete uterina<sup>39</sup>. In sintesi, un embrione non impiantato non può essere mai considerato come persona.

<sup>37</sup> Autorevole dottrina distingue tra il momento della fertilizzazione, ovvero l'unione tra gameti, e quello del concepimento, che avviene quando l'ovulo fecondato dallo spermatozoo aderisce alle pareti dell'utero. V. E. LAMM, *El comienzo de la persona humana en el código civil y comercial*, pp. 5, reperibile on-line: [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com) (ultima consultazione 13/02/2018).

<sup>38</sup> Tesi condivise da Arias de Ronchetto Catalina Elsa, Lafferrière Jorge Nicolas e Sambrizzi Eduardo. In particolare v. C.E. ARIAS DE RONCHIETTO, J.N. LAFFERRIÈRE, *La persona por nacer in Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 99-206, reperibile on-line: [bibliotecadigital.uca.edu.ar](http://bibliotecadigital.uca.edu.ar) (ultima consultazione 23/02/2018); C.E. ARIAS DE RONCHIETTO, in Atti del seminario *Ética y justicia en la asignación de recursos*, Consejo Académico de Ética en Medicina, Academia Nacional de Medicina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 luglio 2009, pp. 40 ss, reperibile on-line reperibile in: [ppct.caicyt.gov.ar](http://ppct.caicyt.gov.ar) (ultima consultazione 23/02/2018); J.N. LAFFERRIÈRE, *Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Prudentia Iuris n. 74, pp. 31 ss, reperibile on-line, reperibile in: [bibliotecadigital.uca.edu.ar](http://bibliotecadigital.uca.edu.ar) (ultima consultazione 26/02/2018); J.N. LAFFERRIÈRE, *Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico*, in rivista *Vida y Ética*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, giugno 2010, pp. 138-147, reperibile on-line: [bibliotecadigital.uca.edu.ar](http://bibliotecadigital.uca.edu.ar) (ultima consultazione 03/03/2018). Più di recente v. J.N. LAFFERRIÈRE, *Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, febbraio 2015, pp. 7; E. SAMBRIZZI, *Sobre el comienzo de la existencia de la persona*, in *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Dicembre 2014, tomo 74 n. 2, pp. 76 ss, reperibile on-line: [www.colabogados.org.ar](http://www.colabogados.org.ar) (ultima consultazione 13/01/2018).

<sup>39</sup> Fanno parte di questa corrente le giuriste: Aída Kemelmajer de Carlucci, Eleonora Lamm e Marisa Herrera. A tal riguardo, Eleonora Lamm afferma che: dal punto di vista medico deve distinguersi tra fertilizzazione e

Con l'emanazione del nuovo CCC argentino si è persa una concreta opportunità per chiarire quando avvenga il concepimento al fine di determinare il momento in cui, secondo la legislazione argentina, si consideri l'esistenza di una «persona humana» come centro di imputazione di diritti e doveri.

Nonostante ciò, secondo la più autorevole dottrina, riferimenti utili a tale scopo si possono individuare in alcune disposizioni del CCC argentino, dalla legge n. 26.862 del 2013 e, soprattutto, da diverse pronunce dei giudici di San José di Costa Rica<sup>40</sup>.

Invero, da una attenta lettura dell'articolo 20 del CCC, si palesa che il periodo del concepimento viene paragonato al periodo di gravidanza, la quale non può avvenire che mediante l'impianto dell'embrione. D'altro canto, l'articolo 21 del CCC fissa il momento della «nascita con vita» come quello in cui vengono acquisiti irrevocabilmente i diritti e gli obblighi del «concebido o implantado en la mujer», dal che si deduce che avendo il legislatore utilizzato una disgiunzione «o», il concepimento all'interno del seno materno e l'unione dei gameti (fecondazione) *in vitro* sono due posizioni diverse, che possono essere considerate analoghe solo al momento dell'effettivo impianto. Così il CCC fa allusione in maniera inequivoca e dà rilevanza al momento dell'impianto.

Ulteriori conferme di tale lettura interpretativa, che non intende l'embrione come «persona humana», si rinvengono in alcuni articoli della legge n. 26.862 del 2013 allorché disciplinano questioni centrali come la revoca del consenso che può avvenire, nel caso di fecondazione *in vitro*, fino al momento prima dell'impianto dell'embrione nell'utero. Il ragionamento della dottrina evidenzia il profilo secondo il quale se l'embrione ottenuto mediante tale tecnica di fecondazione extracorporea fosse

---

concepimento. La fertilizzazione è solo un passo del concepimento, invero lungo la vita di una donna possono essere fertilizzati naturalmente molti dei suoi ovuli ma pochi sono concepiti, a detta della giurista: «Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la mujer dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. Por lo tanto, la concepción ocurre a partir de la transferencia de embriones. En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción. Esto se funda en el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal. Aproximadamente un 20% de los cigotos tienen la potencialidad de implantarse en el útero e iniciar un embarazo clínicamente evidente. Esto significa que el 80% de los cigotos no llegan a implantarse o que recién implantados (los que lograron llegar a blastocistos) se pierden espontáneamente, la mayor de las veces debido a errores cromosómicos y estructurales del propio embrión. Así, sólo 20 de cada 100 embriones generados espontáneamente tienen la posibilidad de nacer». E, ancora più avanti, afferma che: «En pocas palabras, hay dos etapas fundamentales en el proceso biológico después de la relación sexual: la primera es la fertilización. Ella tiene lugar después de que los espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer se han unido; y la otra etapa clave es la implantación. Esta se produce después de que el óvulo fertilizado se ha movido hacia el interior del vientre materno. Se trata de un proceso por el que el óvulo fertilizado se adhiere físicamente a la pared del útero. El proceso no se inicia hasta, como muy pronto, unos cuatro días después del comienzo de la fertilización. Recién en ese momento se puede hablar de embarazo, consecuentemente, recién en ese momento se produce la concepción». V. E. LAMM, *El embrión in vitro en el proyecto de reforma de código civil y comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico*, in *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, 1<sup>o</sup> edizione, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, pp. 418 -420.

<sup>40</sup> Ci si riferisce al *leading case* Artavia Murillo e altri v. Costa Rica del 23/11/2012, reperibile on-line: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr) (ultima consultazione 04/06/2018).

considerato dalla legislazione argentina come una persona, l'impianto sarebbe d'obbligo e, quindi, il consenso sarebbe irrevocabile.

Particolarmente rilevante è poi la decisione della Corte Interamericana dei Diritti Umani resa nel caso *Artavia Murillo e altri v. Costa Rica* del 23/11/2012<sup>41</sup>, la cui forza ed efficacia giuridica per l'ordinamento interno argentino, ai sensi e per gli effetti del *bloque de constitucionalidad* (e conseguente controllo di convenzionalità)<sup>42</sup>, è di diretta applicazione e di primaria importanza. La Corte IDU, interpretando il significato di «concepción» alla luce dell'articolo 4 della Convenzione americana sui diritti umani<sup>43</sup>, ha così disposto: «189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término «concepción» desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana» che dà conto della protezione del diritto alla vita.

In una linea interpretativa logico sistematica, gli articoli 19 e 20 del nuovo CCC<sup>44</sup> sembrano rappresentare un recepimento, a livello legislativo, del concetto dell'inizio dell'esistenza della persona umana espresso dalla Corte IDU, sancendo come principio la tutela dell'embrione dal momento dell'impianto. L'embrione non impiantato, non potendosi catalogare né come persona né come cosa<sup>45</sup> dovrà essere oggetto di una regolamentazione speciale. Difatti nel Congresso della nazione ar-

<sup>41</sup> La sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani del 28 novembre 2012 ha condannato il Costa Rica per violazione del diritto alla privacy, del diritto alla libertà e integrità personale, violazione del diritto all'intimità, del diritto alla autonomia riproduttiva e alla salute sessuale<sup>1</sup>, del diritto all'accesso ai servizi sanitari di salute riproduttiva, del diritto di formare una famiglia, del diritto di godere dei benefici del progresso scientifico e tecnologico e del principio di non discriminazione, sanciti negli artt. 5, comma 1, 7, 11, comma 2 e 17, comma 2, in relazione all'art. 1, comma 1, della Convenzione americana sui diritti umani, che obbliga gli Stati aderenti a rispettare e garantire i diritti fondamentali in essa sanciti. In tale pronuncia, la Corte ha riconosciuto come diritto convenzionale l'accesso alle tecniche di fecondazione in vitro, senza considerare un margine di apprezzamento agli Stati. La sentenza è reperibile on-line: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr) (ultima consultazione 03/04/2018).

<sup>42</sup> Per un approfondimento in merito: J.A. AMAYA, *Control de constitucionalidad*, 2° edizione, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 368.

<sup>43</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), «artículo 4. Derecho a la Vida: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». Il testo integro della *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, è reperibile on-line in [www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar) (ultima consultazione 27/05/2018).

<sup>44</sup> Disposizione transitoria dell'articolo 19 CCC: «a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial». Di seguito l'articolo 20 del CCC definisce cosa si intende per periodo di concepimento: «Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento».

<sup>45</sup> Secondo autorevole dottrina, l'embrione anche se non è né persona né cosa, è una parte separata dal corpo umano al pari delle cellule, gameti femminili e maschili, organi ecc. tutelato anche esso dall'articolo 17 del CCC «Artículo 17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales» (principio della non commercialità): E. LAMM, *El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial*, pagina web *Nuevo código civil*, pp. 8-11, reperibile on-line: [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com) (ultima consultazione 30/03/2018).

gentina è depositato un progetto di legge complementare<sup>46</sup> al vigente CCC e alla legge n. 26.862 del 2013<sup>47</sup>.

Da ultimo, preme indicare il divieto di ogni pratica ai fini eugenetici ai sensi dell'art. 57 CCC<sup>48</sup> e, secondo quanto disposto dall'articolo 1° del decreto 200 del 1997, il divieto di clonazione<sup>49</sup>.

## 8. La crioconservazione e la diagnosi preimpianto

La crioconservazione tecnica di PMA, è inclusa in quei servizi garantiti dallo Stato argentino, secondo quanto stabilito dall'articolo 8 della legge n. 26.862 del 2013, il quale dispone che tale tecnica debba essere applicata secondo la miglior tecnologia autorizzata e disponibile.

Detto articolo non contiene tuttavia una vera e propria disciplina del fenomeno: si limita ad affermare che destinatari di questi servizi sono «aquellas personas», anche minorenni che, non volendo/potendo portare avanti una immediata gravidanza per problemi di salute, per trattamenti medici o interventi chirurgici, potrebbero vedere compromessa la propria capacità di procreare in futuro<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> In 13/11/2014 il progetto di Legge «expte. CD-101/2014» è stato approvato in Camera dei Deputati (581-D-2014 e 4058-D-2014) dopodiché è passato al vaglio del Senato. L'articolo 1° del progetto di legge definisce il suo oggetto così: «La presente ley tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley n. 26.862 y su reglamentación vigente». Tale progetto di legge disciplina fra l'altro i casi in cui è ammessa la crioconservazione del materiale genetico, i presupposti e la loro modalità, disciplina la DGP, e regola il diritto di riserva sull'informazione per i donatori.

<sup>47</sup> Invero, la Legge 26.994 del 2014 con cui è stato approvato il nuovo codice civile e commerciale dell'Argentina, dispone nel secondo comma dell'articolo 9 che: «la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial».

<sup>48</sup> Art. 57 CCC: «Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia».

<sup>49</sup> Detta l'articolo 1° del decreto che: «Artículo 1°. Prohíbense los experimentos de clonación relacionados con seres humanos».

<sup>50</sup> Il famoso caso denominato «Senso de embriones y ovocitos pronucleados» Exppp. 45882/93 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 56, Rabinovich Ricardo David s/medidas precautorias. Sala I de la Cámara Civil de la Capital Federal fallo del 3/12/99, nel quale davanti all'indiscriminata pratica con embrioni crioconservati, e con fondamento nel diritto alla vita e al principio dell'inizio dell'esistenza già dal momento della fecondazione il giudice disponeva «dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización.», e più avanti ordinava: «Segundo: prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos – sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes – que implique su destrucción o experimentación», «Tercero: ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento».

D'altra parte, la normativa nulla prevede sul numero minimo o massimo di embrioni che possono essere prodotti ai fini della fecondazione, né quanti di essi debbano essere impiantati in ogni ciclo, configurandosi di fatto decisiva la discrezionalità tecnica del medico nel decidere il *modus operandi* nel caso concreto. La legge però afferma che si deve propendere per l'impiego delle tecniche e dei trattamenti che, in ragione delle condizioni soggettive del singolo o della coppia, procurino un risultato ragionevolmente più idoneo al raggiungimento di una gravidanza.

Resta tuttavia incerta la sorte finale dell'embrione soprannumerario non impiantato, tenuto conto che sia la legge che il decreto ne vietano la soppressione nonché l'impiego a fini di ricerca o di sperimentazione, e che non è nemmeno prevista la figura della donazione di embrioni ad opera delle persone sottoposte ai trattamenti di PMA, che in diverse esperienze legislative (Uruguay) funziona come un'ottima soluzione alle problematiche emerse riguardo agli embrioni soprannumerari.

La soluzione di origine giurisprudenziale adottata finora, in considerazione del silenzio normativo, è quella della crioconservazione per un periodo di tempo indefinito, la cui spesa se non può essere affrontata dai pazienti, è a carico del centro medico che ha fornito i trattamenti.

La giurisprudenza in questo senso è copiosa, possiamo ad esempio citare la sentenza di secondo grado in sede d'Amparo «L.H.A. y otra c/ IOMA y otra s/Amparo»<sup>51</sup>, del 29/12/2008, in cui la *Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata*, revocando la decisione del giudice a quo, ha disposto la crioconservazione degli embrioni per un periodo di tempo indefinito<sup>52</sup>.

Secondo quanto stabilito in tale sentenza, l'embrione ha una «condición humana» meritevole di tutela, e la crioconservazione viene individuata come la tecnica più efficace per mantenere la sua vitalità e per preservare la completa integrità dell'embrione sul quale, ha ribadito il giudice, è vietata qualsiasi sperimentazione o clonazione.

Del divieto di sperimentazione e, nello specifico della diagnosi preimpianto (GDP), si è a più riprese, ed a diverso titolo, occupata la giurisprudenza. Due recenti pronunce illustrano le divisioni interpretative interne all'organo giurisdizionale: da una parte, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina* in data 01/09/2015, con occasione del *recurso de inconstitucionalidad* contro la sentenza di secondo grado, emanata dalla *Quinta Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción*, ha ulteriormente confermato quanto era già stato deciso in primo e secondo grado di giudizio d'amparo, ovvero il diniego della pratica della diagnosi preimpianto.

<sup>51</sup> La parte pertinente indica che: «tratándose de una fecundación in vitro y para el caso que existan embriones no transferidos o restantes de la técnica de fertilización asistida que se autoriza en esta instancia: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente ante el Centro Especializado en Ginecología y Reproducción (CEGYR); b) Los profesionales actuantes deberán proceder a la inmediata crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; c) Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, décrete medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción».

<sup>52</sup> Secondo dati non ufficiali in Argentina esistono all'incirca 20.000 embrioni vetrificati o crioconservati in stato di «abbandono». V. *Quotidiano La Nación*, 22 settembre 2016, reperibile on-line: [www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar) (ultima consultazione 30/03/2018).

La controversia aveva origine dal rifiuto del SSN dell'Argentina (Obra Social de Empleados Públicos) nei confronti della richiesta avanzata da una coppia affetta da infertilità primaria per accedere ai servizi di PMA tra cui la *GDP* sugli embrioni che fossero stati creati.

Nella pronuncia la Corte, tralasciando argomentazioni di natura assiologica, ha stabilito che la legislazione argentina in materia di PMA non aveva previsto espressamente l'erogazione, da parte del SSN, di servizi di diagnosi preimpianto ai sensi di quanto disposto dall'articolo 2° del decreto 956/2013. La creazione ed erogazione di nuovi servizi e tecniche di PMA, secondo quanto previsto dall'art 20 della legge n. 26.862/2013, è soggetta all'autorizzazione dell'*Autoridad de aplicación* che altro non è che il *Ministerio de Salud de la Nación*. All'organo giurisdizionale dello Stato, secondo quanto ha concluso la Corte, non compete l'introduzione di nuovi servizi all'interno del SSN argentino<sup>53</sup>.

Dall'altra parte, più di recente, in data 01/02/2017 il *Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario*, ha preso una posizione del tutto svincolata da quanto già deciso dalla Suprema Corte: con sentenza in sede d'Amparo «*D. F. K. y otro c/ IAPOS s/ recurso de amparo*», ha ordinato al SSN argentino (Obra Social AIPOS), tra l'altro, la pratica della diagnosi preimpianto con finalità esclusivamente terapeutica e diagnostica volta a rivelare precocemente la presenza di ipotetiche patologie genetiche degli embrioni. Difatti i ricorrenti erano una coppia «ad alto rischio» in quanto la moglie era affetta dalla sindrome di Von Hippel-Lindau e quindi portatrice di una grave malattia, con un'alta probabilità di trasmetterla alla prole, provocando gravi conseguenze.

Con la pratica dell'indagine genetica preimpianto richiesta, afferma il giudice, si tutelerebbe l'interesse di nascere sano, nonché si darebbe pieno adempimento al principio di «prevención del daño», nuovo faro illuminante dell'intero ordinamento giuridico argentino, introdottosi a partire dell'emanazione del nuovo CCC argentino, il quale dispone che: «toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado, y de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud»<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> La parte pertinente della sentenza recita: «10°) Que, en razón de lo expuesto, deviene inadmisibile que sean los jueces o tribunales y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo, quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros)». Sentenza reperibile on-line: [www.jurisprudencia.mpd.gov.ar](http://www.jurisprudencia.mpd.gov.ar) (ultima consultazione 05/03/2018).

<sup>54</sup> Il giudicante espone in questi termini il principio della prevenzione del danno: «Que, el sistema instituido por el Cód.Civ. y Com., debe ser interpretado de modo coherente con todo el ordenamiento (art.2º), en el marco de diálogo de fuentes que es propio de este nuevo ordenamiento normativo, encontrando como un faro que se irradia a todo el ordenamiento el principio de la "prevención del daño", entendiendo el suscripto a la enfermedad de VHL como un daño futuro que puede evitarse si se actúa de manera preventiva de la mano de la ciencia a través del PGD., ya que al analizando células extraídas de los embriones obtenidos por fertilización in vitro con anterioridad a su transferencia al útero, permitirá conocer la información genética portadora del VHL, evitando la transferencia de embriones cromosómicamente que lo posean y por ende la ocurrencia de la desgraciada enfermedad que padece la actora». Sentenza reperibile on-line: [ar.microjuris.com](http://ar.microjuris.com) (ultima consultazione 09/05/2018).

Parimenti i temi della crioconservazione e della diagnosi preimpianto e, più in generale, la qualificazione giuridica dell'embrione<sup>55</sup> e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano destano non poche problematiche. La riconducibilità dell'embrione umano a cosa o a una persona (fin dal momento in cui avviene l'unione dell'ovulo e dello spermatozoo o dal momento dell'impianto?), oppure a uno stadio intermedio tra di esse, non è chiara presentando contraddizioni anche alla luce di importanti precedenti giurisprudenziali, a partire dalla sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975, in cui la Corte Costituzionale italiana ha fatto cadere la sanzione dell'aborto di donna consenziente, ai sensi di quanto disponeva l'articolo 546 del codice penale.

Nella citata sentenza si affermava che: «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Il bilanciamento degli interessi contrapposti realizzato dal giudice costituzionale in quella sede è risultato decisivo per l'ampliamento della possibilità di aborto (c.d. aborto terapeutico), che sarebbe stato legalizzato tre anni dopo con la legge n. 194 del 1978<sup>56</sup>.

In questo scenario, più di 25 anni dopo, è stata emanata la legge n. 40/2004 contenente «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», improntata ad una rigidissima logica protezionista dell'embrione priva di qualsiasi criterio di ragionevolezza che permettesse di ponderare, e in che misura, gli interessi meritevoli di tutela. Si verificava, dunque, la contraddizione per cui fino al 2015 (prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale della pratica della *DGP*) era permessa l'interruzione volontaria della gravidanza -come lo è tutt'oggi-, ma era vietata la possibilità di ricorrere alla sola diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni.

In Italia, più che in altri paesi dell'Unione Europea, le regole giuridiche sulla PMA appaiono inadeguate e non riescono ad essere riformate quelle già esistenti o emanate nuove norme che, tenendo conto della realtà sociale, e delle acquisizioni in campo scientifico e tecnologico, stabiliscano le regole del «fare» o del «non fare». Le risposte ai bisogni della società che chiedono soddisfazione sono state, in larga parte, demandate ai giudici: non soltanto al giudice costituzionale, ma anche, direttamente, ai giudici comuni, con la conseguenza che la strada per arrivare a rimuovere taluni divieti è stata lunga e tortuosa, nonostante fin dalla entrata in vigore della legge n. 40/2004 questa sia stata considerata irragionevole e persino contraria ai principi costituzionali<sup>57</sup>. Divieti che per anni hanno costituito la fonte delle più devastanti sofferenze di coppie che hanno visto sfumare il desiderio di formare una famiglia con dei figli.

<sup>55</sup> Sul tema v.: C. FLAMIGNI, *La questione dell'embrione. Le discussioni, le polemiche, i litigi sull'inizio della vita personale*, Milano, 2010. Più in generale v.: A. D'ALOIA, PPP. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e PPP. ZATTI, *Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, pp. 1341 ss.

<sup>56</sup> La legge 194 del 22 maggio 1978 regola le «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza», reperibile on-line in: [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it) (ultima consultazione 09/10/2018).

<sup>57</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Opportunità e limiti del diritto giurisprudenziale in relazione alle problematiche dell'inizio della vita. (I casi della procreazione medicalmente assistita e dell'interruzione volontaria di gravidanza)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, pp. 1, reperibile on-line: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (ultima consultazione 09/10/2018).

Le sentenze emanate dal giudice costituzionale italiano hanno reso più attuale e ragionevole la disciplina della PMA<sup>58</sup> incidendo in modo significativo sulla stessa toccando punti di grande rilevanza quali il numero di embrioni producibili ed impiantabili (Corte Cost. 151 del 2009)<sup>59</sup>, la fecondazione eterologa, ammessa a favore delle sole coppie sterili ed infertili (Corte Cost. n. 162 del 2014)<sup>60</sup>, l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto (DGP), estesa anche a favore di coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (Corte Cost. n. 96 del 2015)<sup>61</sup> e, più recentemente, sul divieto della sperimentazione scientifica sugli embrioni umani (Corte Cost. 84 del 2016)<sup>62</sup>.

## 9. Procreazione medicalmente assistita e filiazione

Il progressivo ampliamento dei presupposti per costituire una famiglia incrementa l'importanza delle tecniche di PMA. La rivoluzione riproduttiva operata nell'ultimo decennio ridimensiona le due tradizionali fonti di filiazione per cedere il passo ad una nuova fonte derivata dall'utilizzo delle tecniche di PMA. Invero, il concetto classico di genitorialità evolve per dare origine a figure genitoriali nuove: i genitori «genetici», «biologici» e «sociali», il tutto fondato sulla volontarietà procreativa e sul principio del preventivo consenso, libero e informato. Queste nuove tipologie di famiglia hanno, tra l'altro, come elemento distintivo la non necessità del rapporto sessuale ai fini della procreazione<sup>63</sup>.

Tale rivoluzione riproduttiva ha comportato un obbligo inesorabile per il legislatore argentino di disciplinare le nuove fonti di filiazione, il che ha spinto ulteriormente ad emanare un nuovo codice che, tenendo conto delle realtà contemporanee, si adoperi per regolamentarle. Il Codice Civile e Commerciale del 2015<sup>64</sup> ha comportato un profondo cambiamento del concetto di famiglia tradizionale<sup>65</sup>,

<sup>58</sup> A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, pp. 1 ss.

<sup>59</sup> Sentenza Corte Costituzionale. n. 151 del 08 maggio 2009 reperibile on-line in: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (ultima consultazione 12/10/2018). Sul particolare v. E. DOLCINI, *Embrioni nel numero «strettamente necessario»: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, II, 2009, pp. 950 ss; M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili, Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, 2010.

<sup>60</sup> Sentenza reperibile on-line in: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (ultima consultazione 12/10/2018). V. A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, Trento, pp. 1-11.

<sup>61</sup> Sentenza n. 96 del 2015 reperibile on-line: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (ultima consultazione 12/10/2018). Sul particolare v. I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 novembre 2015; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti «rafforzati»*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 luglio 2015; R. CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2018, pp. 3 ss, reperibile on-line: [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (ultima consultazione 12/10/2018).

<sup>62</sup> M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, pp. 171-181.

<sup>63</sup> E. LAMM, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, in *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 78 ss, reperibile on-line: [www.uba.edu](http://www.uba.edu) (ultima consultazione 13/08/2018).

<sup>64</sup> Sull'argomento v. R.L. LORENZETTI, *Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 2-4.

riconoscendo accanto alla famiglia tradizionale anche la famiglia di tipo omoparentale e monoparentale<sup>66</sup> e stabilendo nuove regole relative alla filiazione stabilita mediante l'utilizzo delle tecniche di PMA, come di seguito si vedrà.

Rispetto alle modifiche all'istituto della famiglia operate dal Codice Civile argentino con la legge 26.994, promulgata il 7/10/2014 e pubblicata sulla gazzetta ufficiale argentina «boletín oficial» 08/10/2014, Lorenzetti Luis Ricardo scrive: «En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas al matrimonio igualitario (arts 402 y ss) y las uniones convivenciales (Arts 509 y ss), mientras que se reconoce la filiación por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y por adopción (Arts 558 y ss). Se regulan los efectos del matrimonio igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial (Arts 446 y ss). Esta regulación no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de ofrecer una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender». L.R. LORENZETTI, *Introducción al Código Civil y Comercial*, pp. 5, reperibile on-line: [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com) (ultima consultazione 29/07/2018).

Sulle principali modifiche del progetto di Legge che riformava il Codice Civile Argentino v. A. KRASNOW, *El derecho de familia en el proyecto de reforma código civil y comercial 2012 en Argentina*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 1, 2014, pp. 315 – 349, reperibile on-line: [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl) (ultima consultazione 06/04/2018).

<sup>65</sup> L'evoluzione della scienza medica e la sua applicazione mediante le procedure di PMA hanno modificato in radice il concetto di genitorialità che risponde non più (soltanto) ad un criterio di biologicità della riproduzione, ma (anche) al diverso criterio del progetto di famiglia, voluto e desiderato, e appunto realizzato grazie alle nuove conoscenze mediche a disposizione, il tutto improntato alla cornice della volontà e responsabilità genitoriale.

Secondo J.N. Lefferriere, la più seria obiezione rispetto alle tecniche della PMA, in concreto la fecondazione eterologa, è la dissociazione dei vincoli di filiazione. Infatti, nel fare ricorso alla PMA il concepito avrà la sua origine biologica dissociata dalle persone che si presentano come i suoi genitori. Tale dissociazione lede sia il diritto di identità del bambino sia «el principio de la ley natural que señala el deber de respetar la originalidad propia de la transmisión de la vida humana». J.N. LEFFERRIERE, *Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012*, Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina, Prudentia Iuris N° 74, 2012, pp. 33 ss, reperibile on line: [bibliotecadigital.uca.edu.ar](http://bibliotecadigital.uca.edu.ar) (ultima consultazione 28/04/2018); *Las técnicas de procreación artificial heterólogos: análisis bioético y jurídico*, in *Vida y Ética*, año 11, n° 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, giugno, 2010, pp. 138 ss, reperibile on-line, in: [bibliotecadigital.uca.edu.ar](http://bibliotecadigital.uca.edu.ar) (ultima consultazione 28/04/2018).

<sup>66</sup> Secondo Kemelmajer de Carlucci, autrice che ha fatto parte della commissione che ha redatto il nuovo CCC argentino, il concetto di famiglia è vincolato alla cultura, e non alla natura, esistendo per tanto pluralità di forme di «familias» in costante evoluzione. Fenomeno conosciuto come «democratización de la familia» e conseguenza diretta del processo di costituzionalizzazione del diritto privato e dell'incorporazione dei trattati sui diritti umani nel blocco di costituzionalità art. 75 comma 22 Costituzionale (si rimanda al cap I). La famiglia monoparentale (termine anglosassone «one parent family») è quella formata da una persona (genitore biologico, adottivo, curatore o tutore) che vive solo con i propri figli a suo esclusivo carico e tutela. La famiglia omoparentale od omogenitoriale (homoparental family) è quella costituita da una coppia dello stesso sesso, che può essere unita in matrimonio oppure essere convivente, difatti la ley 26.618 del 21/07/2010 ha autorizzato le persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio. Così disponendo, l'Argentina è diventato il primo Stato sudamericano e, tra i primi al mondo, a consentire il matrimonio omosessuale. L'articolo 42 della sopranominata legge dispone che: «Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones». V. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Las nuevas realidades familiares en el código civil y comercial argentino*, cit., pp. 6-8; e M. HERRERA, *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, in *infojus*, 02 ottobre 2014, pp. 2, reperibile on-line: [www.scribd.com](http://www.scribd.com) (ultima consultazione 26/02/2018). V. M.V. PELLEGRINI, *Matrimonio y uniones convivenciales en*

In Argentina, prima della riscrittura del Codice Civile elaborato ad opera del giurista Vélez Sarsfield, promulgato nel 1869 ed entrato in vigore nel 1871, la filiazione era determinata o per nascita (naturalità) o per adozione.

Dopo tale novellazione, uno dei punti più importanti introdotti è stato il riconoscimento di una terza fonte di determinazione della filiazione, cioè quella derivata dall'utilizzo delle tecniche di PMA.

L'art. 558 CCC, sancisce infatti che: «La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción», collocando così sullo stesso piano tutte le forme di filiazione che producono uguali effetti, diritti e doveri<sup>67</sup>.

## 10. L'attribuzione della genitorialità nella filiazione da procreazione medicalmente assistita

In base all'art. 562 del CCC, i nati attraverso l'utilizzo di tecniche di PMA, indipendentemente da chi abbia apportato i gameti, sono figli di chi partorisce e dell'uomo o della donna che ha dato il proprio preventivo consenso informato nei termini di cui agli artt. 560 e 561 CCC. Tale consenso deve risultare iscritto nei registri dello stato civile argentino «Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas»<sup>68</sup>.

D'altra parte, l'art. 566 del CCC descrive la presunzione di filiazione matrimoniale in questi termini: si presumono figli dei coniugi i nati dopo la celebrazione del matrimonio ed entro trecento giorni dalla data d'inoltro della domanda di divorzio o di nullità del matrimonio, della separazione di fatto o della morte. Tale presunzione non opera nei casi del ricorso alle tecniche di PMA in cui il/la coniuge non

*el Proyecto de Reforma el reconocimiento jurídico de diversas formas familiares, in Cuestión de derechos-revista electrónica, n. 3 segundo semestre 2012, pp. 70-81.*

<sup>67</sup> Sul tema v. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino: Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, cit., pp. 4 ss, documento online reperibile in: [www.uba.ar](http://www.uba.ar) (ultima consultazione 26/02/2018); M. HERRERA, *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., pp. 4, reperibile on-line: [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar) (ultima consultazione 11/02/2018).

<sup>68</sup> Sul punto v. A. KRASNOW, *La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina*, in *Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona*, 1/2014, reperibile on-line: [www.indret.com](http://www.indret.com) (ultima consultazione 14/07/2018). Afferma l'autrice che il vincolo filiale derivato dalle tecniche di PMA è soggetto e dipende dal voler diventare genitori in maniera cosciente e responsabile (*voluntad procreacional y responsabilidad procreacional*), rivestendo pertanto vitale importanza il consenso previo, libero ed informato della persona o coppia che a esse si sottopongono.

Per approfondire sul tema v. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, in *Revista Derecho Privado*, 1/2012, pp. 3, reperibile on-line: [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar) (ultima consultazione 14/07/2018); A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (a cura di), *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*, in *Revista LA LEY*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09/2010, pp. 1 ss

Le differenze tra la filiazione per «naturalità» e quella derivata dalle tecniche di PMA possono essere incentrate, da un lato, sul fatto che la filiazione per PMA non implica un rapporto sessuale e non sempre l'elemento genetico è apportato dalla o dalle stesse persone che apportano l'elemento volitivo; invece nella filiazione per «naturalità» il vincolo filiatorio è fondato sull'elemento biologico (che comprende anche il genetico). V. E. LAMM, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, in *Revista de Bioética y Derecho, Barcelona*, 2012, pp. 87 ss, reperibile on-line: [www.ub.edu](http://www.ub.edu) (ultima consultazione 03/08/2018).

abbia prestato il preventivo e libero consenso informato, secondo quanto previsto dagli artt. 560 e 561 del CCC.

Nell'evento di separazione di fatto dei coniugi, il nato mediante l'uso di tecniche di PMA, e sempre che vi sia stato il previo consenso, dovrà essere considerato e registrato come loro figlio, indipendentemente da chi abbia apportato il materiale genetico, ai sensi dell'art. 567 CCC.

Infine, rispetto alle forme in cui si determina il rapporto di filiazione, l'art. 569 detta che la filiazione si determina legalmente e si prova: a). con l'iscrizione della nascita nel registro dello stato civile argentino insieme alla prova del matrimonio; b). per sentenza passata in giudicato; c). nei casi di tecniche di PMA con il consenso, previo e informato, iscritto nel registro dello stato civile argentino «Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas».

### 11. Il consenso informato

Il consenso informato a cui si è già fatto riferimento, trova la sua regolamentazione nell'articolo 7, sia della legge che del decreto e negli articoli 560 e 561 del CCC.

Alla luce di tali disposizioni, per la sua validità il consenso deve manifestarsi nelle forme e modalità che risultano nelle leggi speciali<sup>69</sup>. Le norme individuano come requisito principale che sia prestato prima dell'inizio dell'applicazione di qualsiasi tecnica di PMA.

La legge fa una chiara distinzione per quanto riguarda il momento della revoca del consenso. Così nel caso di tecniche di PMA di bassa complessità il consenso è revocabile in qualsiasi momento del trattamento fino al momento prima dell'inizio dell'inseminazione. Invece, nei casi di alta complessità, il consenso è revocabile in qualsiasi momento del trattamento fino al momento prima dell'impianto dell'embrione<sup>70</sup>.

Il nuovo CCC argentino, negli artt. 560 e 561 rafforza tale regola segnalando che la struttura sanitaria è obbligata ad acquisire il consenso previo, informato e libero. Tale consenso dovrà rinnovarsi ogni qualvolta si proceda all'utilizzazione di gameti o embrioni<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Si fa riferimento alla legge 26.529 del 2009 (Ley de Derechos del Paciente) al cui articolo 3 dispone che: «Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) (...).»

<sup>70</sup> Art. 7 decreto 956/13: «En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión»; Art.7 legge n. 26.862/13: «El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación en la mujer».

<sup>71</sup> La dichiarazione deve contenere tutti gli elementi richiamati dalla Legge 26.529 del 2009 sui diritti dei pazienti, così come rispettare gli obblighi riportati dalla legge 25.326 del 2000 sulla protezione dei dati personali.

## 12. La gestación por sustitución

I termini con cui le diverse legislazioni sudamericane identificano la surrogazione, «gestación subrogada», «gestación por sustitución», «maternidad sustituta», «maternidad de alquiler», «madre suplente», «madre portadora» ecc, indicano la presenza di una persona che desidera diventare genitore attraverso il ventre femminile della «madre sustituta» affinché si faccia carico della gestazione della gravidanza e del conseguente parto<sup>72</sup>.

Diversi sono stati i tentativi, peraltro falliti, di introdurre e disciplinare tale figura giuridica nell'ordinamento argentino. L'ultimo di essi risale all'originario progetto di legge di riforma del codice civile di Vélez Sarfield, il quale stabiliva le regole di filiazione nei casi di gestación por sustitución all'articolo 562<sup>73</sup>. Tra le cause della mancata approvazione della novella si annovera la presunta immoralità del contratto, il possibile contrasto con l'art. 953 del codice civile precedente che considerava il contratto nullo per illiceità dell'oggetto o per contrasto con il buon costume o perché l'oggetto fosse costituito da beni fuori commercio. Infatti, per la dottrina più apertamente contraria, la gestazione per sostituzione presenta un alto rischio di convertirsi in negozio lucrativo, e di rendere la donna vittima di strumentalizzazione; si prospetta inoltre la possibilità di incentivare il turismo riproduttivo<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Per approfondire E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, in *Revista para el análisis del derecho InDret*, Barcelona, 2012, reperibile on-line: [www.indret.com](http://www.indret.com) (ultima consultazione 02/08/2018); A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, cit., pp. 31 ss, documento online reperibile: [www.uba.ar](http://www.uba.ar) (ultima consultazione 02/08/2018).

<sup>73</sup> L'articolo 562 del progetto di legge era del seguente tenore: «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 filiazione 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 sólo 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».

<sup>74</sup> In relazione Sambrizzi afferma che: «ninguna duda existe sobre que las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada. La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, por lo que un pacto como el referido se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato. El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, no pudiendo tanto el embrión como el niño, recibir el tratamiento de cosas». E.A. SAMBRIZZI, *La maternidad subrogada (gestación por sustitución)*, in *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Ciudad Autónoma de

Nonostante manchi nell'ordinamento giuridico argentino una disciplina espressa dell'istituto della maternità surrogata, i giudici argentini si sono trovati a decidere, a più riprese, sulla questione elaborando in questo modo una disciplina che pone come punti cardine il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la volontà procreativa e il c.d. «best interest of the children».

Il primo precedente giurisprudenziale risale all'anno 2014 quando il *Tribunal de Familia n. 7 di Rosario* ha dettato la sentenza «XXX s/maternidad por sustitución» del 02/12/2014, mediante la quale, accogliendo la domanda di una coppia affetta da infertilità a causa dell'endometriosi della donna, ha autorizzato il trasferimento degli embrioni prodotti dai richiedenti nel grembo di una terza donna con la finalità di raggiungere una gravidanza, e di consegnare il nascituro alla coppia committente, previa formazione del certificato di nascita con i nomi dei committenti e la relativa iscrizione<sup>75</sup>.

Successivamente, il giudice 1° de *Familia de la Provincia de Mendoza*, nella causa *Expte. 714/15, O.A.V., G.A.C y F.J.J. por medida autosatisfactiva*, ha emanato sentenza del 29 luglio 2015. La decisione, emessa nel quadro di una «medida autosatisfactiva», è stata avanzata congiuntamente da una coppia committente apportante il materiale genetico e da una terza donna gestante, al fine di ottenere il rilascio del certificato di nascita e l'iscrizione nel rispettivo registro, in cui venissero apposti come genitori la coppia committente senza riportare alcun legame con la donna che da lì a pochi mesi avrebbe dovuto partorire. Gli attori, vincolati tra loro attraverso la sottoscrizione di un contratto di maternità surrogata, hanno visto accogliere la domanda disponendo il giudice adito, tra l'altro, l'inapplicabilità dell'articolo 242 del codice civile argentino -vigente all'epoca- in quanto la filiazione doveva essere determinata sia dall'origine genetica del nato, sia dalla volontà procreativa. Inoltre, il giudice ha imposto ai genitori l'obbligo, nel momento in cui il figlio avrà raggiunto la sufficiente capacità di intendere e di volere, di metterlo a conoscenza della avvenuta surrogazione.

Uno dei casi più emblematici accade nel dicembre 2015 quando il Giudice di famiglia n. 7 della località di Lomas de Zamora della Provincia di Buenos Aires<sup>76</sup> è stato chiamato a pronunciarsi nel caso «H., M. y otro/a», procedimento cautelare d'urgenza tendente all'autorizzazione della futura iscrizione nei registri dello stato civile argentino della «figlia che sta per nascere», avanzata da una coppia che, mediante l'utilizzo delle tecniche di PMA, aveva disposto l'impianto – con il loro materiale genetico – e conseguente gravidanza, avvalendosi del grembo di un'altra donna, sorella della committente.

Accogliendo la domanda il giudice ha dichiarato, nel caso concreto, incostituzionale e in contrasto con la Convenzione l'art. 562 del CCC in quanto non riconosce il rapporto di filiazione rispetto alla donna che ha espresso la volontà procreativa mediante la sottoscrizione del relativo consenso libero e informato, restringendo invece la formazione di tale rapporto nei confronti della donna che ha partorito. La parte pertinente della sentenza recita: «1) Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de gestación por

Buenos Aires, 2012, pp. 313-323, reperibile on-line: [bibliotecadigital.uca.edu.ar](http://bibliotecadigital.uca.edu.ar) (ultima consultazione 17/02/2018).

<sup>75</sup> Per un'analisi approfondita dell'argomento E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 17-64; J.N. DE LAFERRIÈRE, *Maternidad subrogada. Límites y dilemas de las tecnologías reproductivas*, in *Revista LA LEY*, 2016-A, pp. 1203.

<sup>76</sup> *Expte. LZ-62420-2015, «H.M. y otro S/medidas precautorias (art. 232 CPCC) (419)», Juzgado de Familia n° 7, Lomas de Zamora, 30 dicembre 2015, reperibile on-line: [ar.microjuris.com](http://ar.microjuris.com) (ultima consultazione 27/07/2018).*

sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz».

Secondo quanto affermato dall'organo giudicante, tale disposizione costituirebbe un ostacolo e una limitazione dell'esercizio dei diritti umani riconosciuti dai trattati internazionali sui diritti umani come l'autodeterminazione, il diritto alla vita privata e familiare, l'integrità personale, la libertà personale, l'uguaglianza e la non discriminazione in relazione al diritto alla maternità e alla formazione di una famiglia, nonché il principio dell'interesse superiore dei minori.

Tali sentenze traggono ragione, tra l'altro, dal fatto che la procreazione medicalmente assistita è un procedimento riconosciuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che permette alle persone che vogliono formare una famiglia e sono impossibilitate alla gestazione e/o a portare a termine la gravidanza, di vedere riconosciuti i propri diritti alla paternità/maternità e il diritto di formare una famiglia, diritti questi direttamente collegati con il diritto alla salute e il diritto ad usufruire dei progressi tecnologici garantiti dalla Costituzione e dai Trattati internazionali di rango costituzionale, in conformità a quanto disposto nel comma 22 dell'articolo 75 Cost.

Inoltre, i giudicanti, partendo dall'assenza di un espresso divieto di surrogazione di maternità, e quindi sul fondamento del principio di legalità, pilastro sul quale si fonda lo Stato di diritto moderno, autorizzano e riconoscono tale tecnica di PMA e ne legittimano gli effetti sulla base del consenso libero e informato.

I togati si sono più volte espressi in tal senso, affermando che: «No hay ninguna norma en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos que inhiba la gestación por sustitución. Al contrario, el principio pro persona expande la gestación por sustitución con base en a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 Convención IDU), a la integridad personal (art. 5.1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH) en cuanto al derecho a la maternidad y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos»<sup>77</sup>.

### 13. Fecondazione post mortem

La disciplina della fecondazione *post mortem*, debito normativo del legislatore del 2013, costituisce uno dei profili più controversi in ambito parlamentare, giurisprudenziale e dottrinario. La situazione giuridica in cui versano i gameti maschili -prelevati durante l'applicazione delle tecniche di PMA ma non ancora fecondati- nel momento in cui si verifica l'evento morte, non è chiara. Incertezza analoga si riscontra nel caso in cui il prelievo dei gameti maschili avvenga subito dopo la morte, in assenza di preventivo consenso validamente espresso dall'uomo.

In riferimento alla problematica concernente la inseminazione *post mortem* due sono le questioni giuridiche fondamentali alle quali la dottrina e la giurisprudenza argentina hanno tentato di dare una

<sup>77</sup> Di particolare interesse e di cui si consiglia la consultazione, sono le sentenze: Juzgado Nacional en lo Civil n. 86 del 18/06/2013, «N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento»; Juzgado Nacional en lo Civil n. 102, «C., F. A y otro c/ R. S., M. L.» del 18/05/2015; Juzgado de Familia de Gualguay, «B.M.A. c/ F.C.C.R. s/ordinario» del 19/11/2013; Tribunal Colegiado Rosario n. 7, «XXX» del 02/12/2014; Juzgado Nacional en lo Civil n. 83, «N., N. O» del 25/06/2015; Juzgado Familia n. 1, Mendoza, «A. V. O., A. C. G. Y J. J. F» del 29/7/2015. Le sentenze sono reperibili on-line: [ar.microjuris.com](http://ar.microjuris.com) (ultima consultazione 23/06/2018).

risposta e possono essere riassunte così: da una parte se sia o meno meritevole di tutela la non nascita o la nascita senza la doppia figura genitoriale; dall'altra se, avvenuto il prelievo dei gameti maschili, sia procedibile o meno l'inseminazione/impianto senza il preliminare consenso e la conseguente attribuzione di paternità.

Al contrario di quanto disposto dall'ordinamento giuridico italiano in materia di fecondazione *post mortem*, in cui, ai sensi dell'art. 5 e dell'art. 12, comma 2, della legge n. 40 del 2004, i membri della coppia che intendano ricorrere alle tecniche di PMA devono essere entrambi viventi, comportando la violazione di tale divieto una sanzione amministrativa per chi applica tali tecniche, l'ordinamento argentino nulla riferisce in merito.

Di fronte all'inerzia del potere legislativo e quindi in presenza di un vuoto normativo, è stato il giudice argentino a dettare delle «linee di massima» mediante sei importanti pronunce che non hanno mancato di sollevare forti polemiche: *Tribunal de Familia N° 3 de Morón: «G. A. P. s/autorización»* del 21/11/2011; *Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, S. M. C. s. Medida autosatisfactiva* del 07-08-2014; *7° Juzgado Nacional en lo Civil n° 3, «K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y fertilidad y otros s/ amparo»* del 03/11/2014; *Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 4 de Santa Rosa, «A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempres/ amparo»* del 30/12/2015; *Juzgado Nacional en lo Civil, n. 87, «N. O. C. P. s/Autorización»* del 05/05/2016, e *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, «D. M. H. y otros s/ autorización»* del 03/04/2018.

Nel primo caso, il *Tribunal de Familia n. 3 di Morón* nel 2011, chiamato a pronunciarsi sulla domanda avanzata da una vedova avente ad oggetto la tutela del proprio diritto all'impianto degli embrioni congelati mentre il marito era ancora in vita, ha ordinato al centro medico, cui la donna si era rivolta e che in un primo momento aveva opposto rifiuto, di effettuare l'impianto.

Gli argomenti sostenuti dal giudicante vertevano sull'applicazione del principio di legalità e della riserva di legge statuiti dall'art. 19 Cost., destinato ad influenzare la struttura di ogni procedimento giurisdizionale, a ragione del quale il giudice è tenuto all'osservanza delle regole stabilite dalla legge, e quindi, a meno che non esista un chiaro divieto normativo sulla fecondazione *post mortem* o, *a contrario sensu*, la legge non stabilisca come requisito l'essere in vita dei soggetti della coppia o del donatore, tale tecnica è praticabile, dovendo al contrario essere tutelato il diritto alla salute riproduttiva e il diritto all'autodeterminazione familiare, in quanto la costruzione del progetto di famiglia dei coniugi era iniziata durante la vita di entrambi. L'assenza del consenso esplicito e preventivo per la fecondazione *post mortem* e successivo impianto è stato sopperito dal giudice di causa, ricostruendo un *consenso presunto* a partire dall'esistenza del consenso libero ed informato espresso dal marito nella fase del prelievo dei gameti maschili e nella fase di crioconservazione, dovendosi pertanto attribuire esclusivamente all'improvviso evento della morte, l'assenza dell'ulteriore consenso ai fini della fecondazione/impianto.

Il secondo caso, ha avuto origine dalla presentazione di un ricorso in sede d'appello da parte di una vedova contro la sentenza di rigetto sulla sua richiesta di autorizzazione a sottoporsi a fecondazione con i gameti del marito defunto, il cui prelievo era stato disposto precedentemente mediante auto-

rizzazione giudiziaria<sup>78</sup> La *Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza*, ha revocato la decisione impugnata, autorizzando l'utilizzo dei gameti prelevati. La motivazione, elaborata dal giudice di secondo grado, è stata a grandi linee fondata sul principio di legittimità ai sensi dell'art. 19 Cost., sul diritto di accesso alle tecniche di PMA, sul diritto umano di tutela della salute riproduttiva affermato durante la Conferenza del Cairo sulla Popolazione e Sviluppo del 1994 e la Conferenza mondiale sulle donne di Pechino nel 1995, e infine sulla base della tutela dei diritti alla privacy, alla libertà e integrità personale individuale e di coppia e del diritto a formare una famiglia con dei figli, riconosciuti dalla Corte Interamericana nel più volte citato caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

In circostanze analoghe è stata emessa la sentenza in sede d'*Amparo* dal 7° *Juzgado Nacional en lo Civil n° 3*, in cui richiamando la totalità dei principi elaborati dal giudice d'appello di Mendoza, il giudice ha accolto la richiesta della ricorrente e ha ordinato al centro medico (Obra Social) resistente, non solo l'inseminazione *post mortem* e il relativo impianto nel ventre della vedova, bensì anche l'erogazione in forma gratuita di tutti i servizi e le terapie all'uopo necessarie.

Il *Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 4 de Santa Rosa* nel 2015 è stato chiamato a decidere riguardo ai seguenti fatti: una coppia della località La Pampa affetta da infertilità, decideva di accedere alle tecniche di PMA di fecondazione *in vitro* con ovodonazione e successiva crioconservazione di sei embrioni (spermatozoi propri e ovodonazione) che in un secondo momento dovevano essere impiantati nel grembo della coniuge. Durante l'applicazione della PMA sopraggiungeva all'improvviso la morte del marito. La donna interpellava i medici del centro presso la cui struttura si svolgevano le pratiche di PMA, iniziate quando ancora entrambi i coniugi erano in vita, sollecitando l'impianto degli embrioni crioconservati, richiesta che veniva poi respinta dall'*Instituto Sempres* per illegittimità della stessa. Il giudice adito ha accolto la petizione e ha condannato l'Istituto convenuto a realizzare l'impianto degli embrioni nell'utero della vedova.

Gli argomenti alla base della decisione consistevano, ancora una volta, nella tutela del principio di legalità e di riserva ex art. 19 Cost., in ragione del fatto che trattandosi di embrioni, e cioè di fecondazione avvenuta nel momento in cui ambedue i coniugi erano in vita, non potevano ammettersi obiezioni sul mero trasferimento, in quanto non vi era alcuna controversia dottrinale o giurisprudenziale in merito, ma al contrario, a detta del giudice fino a quel momento, si era consolidato un orientamento giurisprudenziale incline a consentire la fecondazione *post mortem* in attuazione degli standard della Corte Interamericana, in particolare dei casi *Artavia Murillo*, circa l'inizio dell'esistenza della persona, e *Fornerón vs. Argentina* sulla protezione della famiglia con genitore single; e nell'applicazione della legge n. 26.862 dell'accesso integrale alle tecniche di PMA poiché, sebbene l'ipotesi non sia espressamente contemplata, ciò non significa che sia esclusa e, ancor meno, proibita. Alla base di tale provvedimento, il giudice d'*Amparo* considera il doversi ritenere lecito, nell'ambito delle diverse tecniche di fecondazione *post mortem*, il trasferimento in grembo della donna degli embrioni, nel limite di legge, formati prima del decesso del marito.

<sup>78</sup> Per l'analisi delle sentenze v. M. HERRERA, *Un debate complejo: La técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*, in *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, vol. 11, no. 39, gennaio-giugno 2017, pp. 9-23, reperibile on-line: [revistaius.com](http://revistaius.com) (ultima consultazione 08/05/2018).

Oltre a ciò, il *Juzgado Nacional en lo Civil*, No. 87, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di autorizzazione avanzata da una vedova «N. O. C. P. s/Autorización» del 05/05/2016, avente ad oggetto l'inseminazione/impianto *post mortem* degli spermatozoi crioconservati, prelevati nel 2011 (anche essi mediante autorizzazione giudiziaria), ha ordinato al centro medico cui la donna si era rivolta, e che aveva opposto rifiuto, di consentire alla richiesta, argomentando la sua decisione, *in primis*, sul presupposto dell'assenza di un divieto di legge riguardo alla pratica di fecondazione *post mortem*, per cui «no existe impedimento legal para su realización» e, *in secundis*, in considerazione dell'esistenza, fino al momento della morte, della volontà di diventare genitori di entrambe i coniugi: infatti, l'inseminazione e il successivo impianto non sono avvenuti soltanto in ragione del verificarsi della tragica morte del marito durante un incidente ferroviario.

La casistica sviluppatasi in Argentina fino al 2015, riguardo la fecondazione *post mortem*, è parsa in sintonia con quanto deciso dal giudice italiano sebbene, come già annotato, le disposizioni normative dei due Stati siano diametralmente opposte. Invero, a fronte di un silenzio normativo argentino che nello specifico disponga il divieto della fecondazione *post mortem*, nell'ordinamento italiano vige il divieto espresso di tale pratica secondo quanto disposto dall'art. 5 della legge n. 40/2004, il quale prevede che i membri della coppia che intendano ricorrere alla fecondazione assistita debbano essere entrambi viventi.

Esempi della congruità dell'orientamento giurisprudenziale adottato dall'ordinamento giuridico italiano sono rinvenibili in due vicende giudiziarie degli anni 1999 e 2015.

Nel 1999 -quando ancora non era stata emanata la legge n. 40/2004 il Tribunale di Palermo, è stato chiamato a pronunciarsi sulla domanda avanzata da una vedova ed avente ad oggetto la tutela cautelare del proprio diritto all'impianto in utero degli embrioni formati con materiale genetico suo e del marito quando il marito era ancora in vita.

Il Tribunale ha ordinato al centro medico, cui la donna si era inizialmente rivolta e che aveva opposto, al riguardo, un rifiuto, di accettare la richiesta e di procedere all'impianto.

In particolare, il Tribunale palermitano accoglieva la domanda della ricorrente sostenendo che la mancata prosecuzione del trattamento avrebbe necessariamente condotto alla distruzione degli embrioni, con conseguente lesione sia del «diritto alla vita del nascituro», sia del «diritto alla integrità fisica e psichica della madre»<sup>79</sup>.

L'intervento giurisprudenziale del Tribunale di Bologna, Sezione Civile, nel procedimento di reclamo avverso un ricorso d'urgenza, invece, riguardava il caso di una vedova che nel 1996 si era rivolta insieme al marito al Centro di Fecondazione Assistita del Policlinico Sant'Orsola-Malpighi di Bologna per accedere alle tecniche di PMA con fecondazione in vitro, dovendo preliminarmente, a tale scopo, sottoscrivere i diversi tipi di consenso informato. I primi tentativi di impianto embrionario non avevano dato un esito positivo e la coppia aveva deciso di crioconservare presso la stessa struttura medico sanitaria, gli otto embrioni soprannumerari. Deceduto il marito, la vedova si rivolgeva al centro di PMA dell'Ospedale S. Orsola di Bologna con la richiesta di realizzare il trasferimento degli embrioni, nei limiti di legge, nel suo utero, ma la richiesta veniva respinta da parte dell'Ente ospedaliero.

<sup>79</sup> Sentenza reperibile on-line: [www.jstor.org/](http://www.jstor.org/) (ultima consultazione 10/10/2018).

La donna, pertanto, in data 13/2/2013, depositava ricorso d'urgenza chiedendo al giudice adito che ordinasse all'Azienda Ospedaliera l'impianto dei predetti embrioni. Il giudice di primo grado, con ordinanza del 21/5/2014, rigettava il ricorso.

Il Collegio bolognese, in accoglimento del reclamo proposto dalla donna, ha ordinato all'Ospedale l'impianto degli embrioni crioconservati nell'utero della vedova cinquantenne.

La motivazione del Collegio bolognese muoveva dalla considerazione che, nel caso di specie, la procedura di fecondazione era stata attivata dai coniugi prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 e doveva ritenersi soggetta alla disciplina delle linee guida, ex art. 7 della suddetta legge, le quali affermano che: «in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti».

Infine, si rende doveroso ricordare che la giurisprudenza fino ad allora formatasi in Argentina ha subito una battuta di arresto, in quanto, nell'aprile del 2018, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, «D. M. H. y otros s/ autorización», tornava ad affrontare in secondo grado di giudizio, la questione dell'esistenza o meno di un consenso tacito del marito deceduto che, avendo manifestato il consenso durante le precedenti fasi di accesso alle tecniche PMA, prelievo e crioconservazione degli spermatozoi, a causa della morte improvvisa, non aveva manifestato espressamente il consenso nelle forme indicate dalla legge, e se, nell'eventualità in cui fosse possibile la ricostruzione di un consenso tacito, tale consenso fosse in grado di legittimare l'inseminazione *post mortem* con il successivo impianto nel grembo della compagna superstite.

La *Cámara de Apelaciones*, al pari del giudice di primo grado, respingeva la domanda proposta dalla ricorrente intesa a conseguire l'autorizzazione alla inseminazione *post mortem*. Secondo quanto deciso dall'organo giudicante, la materia della fecondazione *post mortem* non trova regolamentazione normativa nell'ordinamento giuridico argentino, dovendo pertanto prospettarsi una decisione ragionevolmente fondata, che coniughi in forma appropriata le disposizioni del CCC con i principi assiologici che possono desumersi da norme sovraordinate, rispettando l'ordine del sistema delle fonti del diritto interno: Costituzione, i trattati internazionali ai sensi dell'art. 75, comma 22, altri trattati internazionali di rango inferiore ratificati dallo Stato argentino, usi e costumi non *contra legem* (art. 1, 2, 3 del CCC).

La risposta quindi non può che essere ricavata dai principi di libertà e di autodeterminazione sanciti sia dalla stessa Costituzione argentina, e già enunciati nello stesso preambolo, che dai trattati internazionali di rango costituzionale, come la Convenzione IDU e la correlata giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani. Invero «la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ricordando que: «el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana (cfr. «Artavia Murillo vs. Costa Rica», 28/11/2012)».

Il diritto di procreare e quindi anche di utilizzare e trasferire cellule crioconservate, secondo quanto affermato dal giudice di secondo grado di giudizio, si prospetta quale diritto personalissimo e come tale non trasmissibile, giacché può essere esercitato solo dal suo titolare attraverso una volontà di-

retta alla procreazione. Il consenso a tal fine non può presumersi, è di interpretazione restrittiva e non può esercitarsi per rappresentazione, secondo quanto previsto dagli artt. 51,53,56 e 264 del CCC argentino; parimenti, secondo il dettato dell'art. 560 del CCC, tale consenso deve essere rinnovato ogniqualvolta si proceda all'utilizzo dei gameti o degli embrioni. A ciò deve aggiungersi che, secondo quanto disposto dal decreto 956 del 2013, il consenso informato e la sua revoca devono essere documentati nella cartella clinica con la firma del titolare del diritto, esplicitando la sua volontà, il che esclude a priori qualsiasi possibilità di volontà presunta o per «rappresentazione»<sup>80</sup>.

Va da sé che i provvedimenti giudiziari appena citati sono stati emanati da autorità giudiziaria diversa dalla Corte Suprema di Giustizia argentina, pertanto non forniscono obbligatori criteri di indirizzo interpretativo da mantenere.

#### 14. Note conclusive

Le discipline regolatrici di fenomeni come la procreazione medicalmente assistita traggono fondamento dalle caratteristiche dello Stato, dagli approcci culturali, dalle politiche sociali e soprattutto dai valori e principi ritenuti prevalenti in un determinato momento storico.

Il diritto argentino ha dovuto affrontare una delle tematiche che hanno suscitato e continuano a suscitare maggiore scalpore nel mondo contemporaneo. Dall'analisi della disciplina della PMA emerge innanzitutto che le valutazioni fatte dal legislatore federale del 2013 si sono concentrate sulla finalità principale di garantire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per favorire il desiderio di genitorialità, attraverso l'utilizzo di quelle tecniche medico scientifiche (le migliori disponibili) volte a superare gli ostacoli frapposti dalla natura stessa ad una funzione fisiologica, superamento che va ben oltre il fronteggiare una malattia, e che riguarda la piena realizzazione della vita privata e familiare, confluyente nel diritto di autodeterminarsi, ponendo l'accento sulla natura della nuova modalità di costituzione della famiglia, ai sensi dell'articolo 558 CCC.

Il diritto a procreare è riconosciuto come un diritto fondamentale della persona che non conosce i vincoli dei tradizionali modelli familiari. Invero, la disciplina argentina è riconducibile a quegli ordinamenti giuridici «liberali» che riconoscono modelli alternativi di famiglia. Riconoscimento reso palese, *in primis*, ad opera di una cospicua produzione giurisprudenziale formatasi per colmare i vuoti normativi, e in seguito, affermatasi in via legislativa a partire dalla legge n. 26.862 del 2013, decreto 956 del 2013, e dal nuovo codice civile e commerciale entrato in vigore nel 2015.

Un ulteriore elemento di primaria importanza è la presa di coscienza, da parte del diritto argentino, del pressante avanzamento della scienza e della tecnologia, soprattutto in campo riproduttivo. Tale consapevolezza, da un lato, mette bene in luce la rottura, attraverso le tecniche di PMA, del legame che ha sempre accompagnato la sessualità e la procreazione modificando la concezione tradizionale secondo cui l'atto sessuale sia il presupposto necessario per la riproduzione umana, e dall'altro lato, spazza via principi centenari o comunque presunzioni consolidate, come quello di *mater semper certa est*.

<sup>80</sup> Sentenze reperibili on-line: [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar) (ultima consultazione 19/07/2018) e [ar.microjuris.com](http://ar.microjuris.com) (ultima consultazione 19/07/2018).

D'altro canto, l'evento procreativo non appartenendo più al solo al privato volere di due persone (di differente sesso), allarga la sfera di intervento per fare spazio ad altri soggetti che cooperano in tale processo e ai quali, in conseguenza del consenso libero e informato, nelle forme all'uopo stabilite, verranno attribuite delle responsabilità secondo quanto stabilito dalla legge.

La risposta sulla tutela dell'embrione viene individuata in due profili che confluiscono in una protezione a partire dal momento del concepimento. Il punto di discriminazione consiste nell'individuare quando il concepimento avvenga a seguito del ricorso alle tecniche di PMA, in cui l'unione dei gameti sia realizzata in vitro. Di fronte ad un silenzio del legislatore che si protrae fino ai giorni nostri e che non è stato nemmeno del tutto chiarito con la riscrittura del codice civile e commerciale avvenuta nel 2015, l'ordinamento argentino trova la sua fonte normativa sia nella Convenzione Interamericana sui Diritti Umani, articolo 4, sia nella sua interpretazione a partire dal rinomato caso *Artavia Murillo Vs Costa Rica*, nel quale si afferma la tutela della *vida del embrión* a partire dal momento dell'impianto. I principi e i criteri sanciti in tale pronuncia vengono poi ripresi in virtù del *bloque de constitucionalidad* dal giudice interno soprattutto quello costituzionale in sede d'*Amparo*.

Nonostante gli intensi e molteplici dibattiti parlamentari, gli sforzi intrapresi al fine di comporre le fratture registratesi in sede di discussione dei diversi progetti di legge, attualmente permangono significative divergenze che impediscono una regolamentazione onnicomprensiva del fenomeno procreativo. Materie come la surrogazione di maternità, che di fatto ha un costante utilizzo, così come la fecondazione *post mortem*, non trovano ancora nessun fondamento normativo, rendendo l'operato del giudice unico riferimento regolamentare.

Risulta quindi auspicabile che l'enorme sforzo fatto negli ultimi anni dal legislatore argentino, palesatosi fin dal 2014 con la discussione di diversi progetti di legge sulla materia in oggetto,<sup>81</sup> possa vedersi materializzato in una nuova regolamentazione in grado di fungere da anello di congiunzione tra le diverse normative già esistenti, completandosi in questo modo il quadro normativo che finora si è sviluppato.

---

<sup>81</sup> Si fa riferimento ai progetti di legge n. 581-D-2014 e n. 4058-D-2014. Tali progetti di legge dopo aver superato il primo vaglio presso la Camera dei Deputati argentina e successivamente essere passati nel novembre del 2014 a seconda lettura nel Senato, sono stati archiviati in data 28/04/2017. Progetti di legge reperibili on-line: [www1.hcdn.gov.ar](http://www1.hcdn.gov.ar) (ultima consultazione 01/08/2018).