

La fecundación post mortem y la necesidad de su regulación en el sistema legal argentino*

Por Juan P. Rodríguez¹

1. Introducción

En las últimas décadas, hemos presenciado un avance sin precedentes en distintos ámbitos de la ciencia que han repercutido en todas las esferas de la vida, especialmente en las relativas a la cuestión reproductiva. Hoy en día, a través de diversos tratamientos médicos se pueden superar dificultades físicas, genéticas como psíquicas que impiden concebir y dar a luz a un niño, los cuales reciben el nombre de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Estos métodos, si bien se circunscriben al ámbito médico, también tienen sus implicancias en el mundo jurídico por las nuevas situaciones que provocan, situaciones que no siempre son pacíficas o exentas de conflictos. Máxime, teniendo en consideración que el derecho no siempre acompaña los cambios sociales a la par, sino con sus propios tiempos. La reforma del Código Civil y Comercial, que entró en vigencia en 2015, busco actualizar la regulación legal a los nuevos tiempos que corren. Así, los cambios en el derecho de familia fueron profundos, normando las cuestiones vinculadas con las técnicas de reproducción humana y sus implicancias.

Sin perjuicio de las modificaciones que vinieron a zanjar numerosas discusiones, no todas las situaciones vinculadas con estas prácticas fueron abarcadas por la reforma. Entre las exentas encontramos una que despierta un interés mediático² y bioético en la sociedad y genera opiniones encontradas tanto en la doctrina jurídica como en la jurisprudencia: la fecundación post mortem.

A partir de esta técnica no solo se garantiza una opción más para alcanzar el deseo de formar una familia, sino que se trasgreden los límites mismos de la existencia de la persona, al poder “engendrar” un hijo desde la muerte. Esta situación ha recibido numerosos reparos éticos como morales, pero independientemente de ellos, también genera, por su falta de regulación, un vacío legal con su consecuente inseguridad jurídica.

Así, surgen numerosos interrogantes: ¿se vulneran derechos personalísimos del difunto? ¿es posible llevar a cabo este tipo de técnicas? En caso afirmativo, ¿con qué requisitos o límites? Y ¿quiénes se encuentran legitimados para solicitar esta práctica? La cuestión se complejiza cuando empezamos a analizar sobre el resultado de dicha fecundación, ¿el niño o niña que nazca, tendrá derechos filiatorios con su progenitor premuerto? ¿podrá ser heredero forzoso? Se encuentran así, comprometidos diversos derechos fundamentales: el interés superior del niño, el derecho a

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Ganador del Concurso de Ensayos Jurídicos de la UNR.

² Para mayor amplitud puede verse: Pérez, Agustina, *Fertilización post mortem: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país*, “Abeledo Perrot”, p. 10, en cita Online: AP/DOC/2832/2013.

conocer la propia identidad biológica, el derecho a formar una familia como, paralelamente, la autodeterminación del propio cuerpo, entre otros derechos personalísimos.

Las incertidumbres mencionadas, como así también el vacío legal existente, no han sido obstáculo para que la fecundación post mortem sea cada vez más solicitada, provocando que su autorización quede bajo la decisión discrecional del juez que deba resolver en el caso concreto, originando precedentes jurisprudenciales contrapuestos.

Ante la situación relatada, nos proponemos en el presente ensayo mediante, un análisis de la figura de la fecundación post mortem, las opiniones a favor y en contra de la misma, sus intentos de regulación y la jurisprudencia nacional, mostrar la necesidad de regular la figura en nuestro sistema legal a fin de soslayar las controversias existentes.

2. Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) son definidas por la ley 26.862 como “procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (art. 2°). El decreto 956/13, reglamentario de la citada norma, ahonda detallando que se entiende por baja y alta complejidad. Con respecto a la primera categoría, hace referencia a aquellas prácticas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, mientras que las segundas son aquellas donde la unión tiene lugar por fuera.

Este conjunto de procedimientos surgió, tal como consigna Eduardo Sambrizzi³ “con la finalidad de superar una situación patológica de esterilidad que impedía concebir hijos por la vía natural, para haber pasado a ser en la actualidad, en la práctica, una forma alternativa de procreación”. A partir del uso de las TRHA, se ha permitido separar la reproducción humana del acto sexual⁴ provocando no solo la superación de problemas biológicos, que imposibilitan un embarazo, sino que también se ha dado lugar a nuevas conformaciones familiares, garantizando lo que un sector de la doctrina llama “el derecho a formar una familia”⁵. De tal forma, personas del mismo sexo, solteras o incluso aquellas que han enviudado pueden recurrir a las distintas vías que ofrecen las TRHA a fin de lograr la concepción de un niño o niña y en definitiva alcanzar la posibilidad de ser padres⁶.

Se han formulado planteos en torno a si existe un derecho personalísimo a la procreación, es decir si toda persona tiene derecho a concebir descendencia y, en

³ Sambrizzi, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2018, t. IV.
⁴ Lorenzetti, Ricardo L. - Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. III, p. 479.
⁵ Bladilo, Agustina - De La Torre, Natalia - Herrera, Marisa, *Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis*, “Revista IUS”, en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/78327/CONICET_Digital_Nro.7365c7d2-f774-4381-8a80-5e610c4c08d4_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y.
⁶ Jatic, Griselda J., *Reflexiones sobre cuestiones de bioética ante la reforma del Código Civil*, “La Ley”, p. 2, en cita Online: AR/DOC/6408/2011.

Rodríguez, *La fecundación post mortem y la necesidad de su regulación...* 2

caso afirmativo, con que alcances y límites. Graciela Medina⁷ efectuó un racconto de las tesis que niegan y reconocen dicho derecho. Las posturas negacionistas argumentan, en líneas generales: a) la fecundación es un hecho de la naturaleza y, por lo tanto, excluido de la libertad del hombre; b) no existe un derecho al niño; c) el niño no es un medio para obtener un fin, y d) el hombre y la mujer tienen la libertad de procrear o no de forma natural, pero dicha libertad no puede ser confundida con un derecho.

A contrapartida, las posturas que admiten la existencia de un derecho a la procreación sostienen que el mismo no es más que el ejercicio de la libertad que corresponde a cada persona de elegir sin intromisiones indeseadas⁸ y hace a la esfera de la intimidad que corresponde a cada individuo. También se ha argumentado que el derecho a la procreación es el correlato de la libertad de no procrear, debiéndose garantizar ampliamente⁹.

La legislación argentina ha sido propensa a recepcionar esta última postura, reconociéndose en el art. 7° de la ley de Reproducción Medicamente Asistida que toda persona mayor de edad, que haya explicitado su consentimiento informado, tiene derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, no pudiendo existir limitaciones basadas en género, estado civil, etcétera.

Independientemente de la controversia mencionada, el avance de las TRHA ha revolucionado distintos ámbitos del derecho, desafiando los marcos legales existentes, modificando el derecho de familia por el de las familias y disociando lo biológico de lo genético. El cambio de paradigma tuvo su repercusión en la letra del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC), donde se reconoce como tercera fuente filial a las TRHA¹⁰, equiparándola con la filiación por naturaleza y la adopción. Esta situación impacta no solo en cuestiones filiatorias y hereditarias sino también abre la puerta a situaciones no alcanzadas por la normativa vigente, con numerosos cuestionamientos ético-legales, como es el caso de la fecundación post mortem.

3. Fecundación post mortem: concepto y clases

Cuando hablamos de fecundación post mortem (FPM), tal como lo expresan Carlos Carranza y Marisa Herrera, nos referimos al tipo de “fecundación que se lleva a cabo después de que uno o varios miembros de la pareja (matrimonial o no) fallecen”¹¹. Por su parte, Agustina Pérez de forma similar la define “como una TRHA en virtud de la cual se transfiere póstumamente a una persona un embrión criopreservado

⁷ Medina, Graciela, *¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (La solución en la jurisprudencia norteamericana y francesa)*, “La Ley”, p. 2, en cita Online: TR LA LEY 0003/001357.

⁸ Arson de Glinberg, Gloria H. - Silva Ruiz, Pedro F., *La Libertad de procreación*, LL, 1991-B-2.

⁹ Medina, *¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (La solución en la jurisprudencia norteamericana y francesa)*, p. 3.

¹⁰ Ver arts. 558 a 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹¹ Carranza Casares, Carlos - Herrera, Marisa, *La fecundación “post-mortem” y su incidencia en el derecho de la filiación*, “Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, n° 21, p. 4.

y/o el material genético del/la causante”¹². En esta figura, indispensablemente se produce la muerte de un miembro de la pareja, generalmente un varón, y posteriormente se utiliza su material genético o un embrión criopreservado, para gestar o concebir una nueva a vida con la finalidad de producir descendencia.

De las definiciones desarrolladas, existen diferentes supuestos de FPM que reciben distintos grados de aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia. El primero de ellos es el caso donde una pareja que encontrándose bajo una TRHA y habiéndose extraído semen del hombre para ser congelado y utilizado en un momento ulterior con el objeto de lograr una inseminación in vitro o intrauterina, sobreviene su muerte. Ante esta situación, el miembro supérstite de la pareja solicita la entrega del semen para hacerse fecundar¹³, dando origen a tres posibilidades según como se haya expresado el consentimiento a la hora de someterse a la TRHA: el difunto, 1) dejó su anuencia para que dicho material sea utilizado luego de su muerte, 2) negó expresamente el uso del semen luego de su fallecimiento, o 3) no brindó directiva alguna sobre cómo proceder en caso de su defunción.

Un segundo supuesto ocurre cuando la pareja se encontraba efectuando una THRA, pero en un estadio más avanzado, existiendo un embrión mediante la unión del espermatozoide del hombre y el óvulo de una mujer, cuando acontece la muerte. Aquí, el proyecto procreativo ha sido llevado a cabo en vida conjuntamente por ambos integrantes de la pareja, mediante una técnica in vitro¹⁴. Se replica lo expuesto en cuando a la existencia o inexistencia de disposiciones relativas a cómo proceder en caso de fallecimiento de un miembro de la pareja. En estos casos entra en juego el status jurídico que se le asigne al embrión, si estamos ante una persona o no. Parte de la doctrina entiende que el supuesto descrito no configura un caso de FPM, ya que la fecundación se produjo con anterioridad a la muerte, reservando la categoría estrictamente a los casos en que la fecundación ocurra luego del fallecimiento de un miembro de la pareja¹⁵.

Una última posibilidad se da en los casos de extracción compulsiva del material genético del cónyuge o conviviente fallecido. Aquí, la pareja no se encontraba cursando un tratamiento de fertilización asistida al momento de la muerte de uno de sus integrantes. El hombre o mujer mueren repentinamente y su pareja solicita la extracción de material genético cadavérico (semen u óvulos) para su posterior utilización¹⁶,

¹² Pérez, Agustina, *Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mortem ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 2016-1-183.

¹³ Córdoba, Marcos M. - Ferrer, Francisco - Natale, Roberto M., *Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria*, “Revista Derecho de Familia y las Personas”, 2012, p. 3, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/4864/2012.

¹⁴ Córdoba - Ferrer - Natale, *Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria*, p. 3.

¹⁵ Sambrizzi, Eduardo A., *La fecundación post mortem*, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, “El Derecho”, p. 1, en www.pensamientocivil.com.ar/system/files/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf.

¹⁶ Briozzo, Soledad, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem*, “Revista de Derecho de Familia y las Personas”, 2017, p. 7, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/1208/2017.

sin existir disposición alguna de última voluntad al respecto ni consentimiento informado.

4. Argumentos a favor y en contra de la FPM

La FPM ha suscitado opiniones contrapuestas en la doctrina jurídica nacional, dando lugar a un arduo debate sobre su viabilidad. Dentro de aquellos que se enrolan en una postura favorable, se señala que no existe ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa¹⁷, siendo de aplicación el art. 19 de la Constitución Nacional (CN) con el conocido adagio de “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Correlativamente, se ha señalado que la ley 26.862 y su decreto reglamentario, otorgan un alcance amplio a las TRHA, existiendo un reconocimiento implícito a la figura que analizamos¹⁸.

Otro argumento de peso, radica en el principio de realidad el cual puede ser entendido “como la necesidad de regular prácticas que se llevan adelante en la sociedad sobre las cuales nada dice la legislación vigente”¹⁹. Los casos de FPM no son imaginados, al contrario, se han ido produciendo distintos precedentes jurisprudenciales con soluciones no siempre coincidentes. El avance de las TRHA, entre ellas la FPM, resaltan la necesidad de reformar el marco normativo existente para responder a los nuevos escenarios que plantean los avances científicos, evitando diversos conflictos legales que pueden acarrear su creciente uso²⁰. Además, su regulación permitiría proteger el interés superior del niño que podría llegar a nacer producto de la FPM, resguardando su derecho a la identidad al otorgársele el consiguiente vínculo filial y el reconocimiento de su posición jurídica dentro de la familia, constituyendo una protección a sus derechos humanos²¹.

En el marco de una concepción amplia del derecho de las familias, la FPM permite continuar con los procedimientos de TRHA en curso, logrando que un niño o niña pueda nacer y que, correlativamente, una persona vea satisfecho su derecho a formar una familia²², alcanzando el proyecto parental planeado antes del acaecimiento de la muerte. El principio protectorio de la familia debe receptor la pluralidad de modelos

¹⁷ Briozzo, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem*, p. 7.

¹⁸ Krasnow, Adriana N., *La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad*, “Revista de Derecho Privado”, n° 32, 2017, p. 209.

¹⁹ González Durán, Paloma, *Fertilización post mortem y la necesidad de su reglamentación*, “Revista Derecho de Familia”, 2020-IV, p. 8, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/2234/2020.

²⁰ De La Torre, Natalia - Uman, Nadia, *Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad, comentario a fallo*, “Revista Derecho de Familia”, 2012-III, p. 5, cita Online: TR LA LEY AR/DOC/7841/2012.

²¹ Famá, María V., *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, “Lecciones y Ensayos”, n° 90, 2012, p. 176.

²² Vigo, Fiorella, *El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*, “Revista Derecho de Familia”, 2016-IV, p. 5, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/4565/2016.

familiares, de tal forma se hace necesario la existencia de medidas estatales tendientes a garantizar dicha diversidad, siendo la FPM una de ellas²³.

De forma contraria a la regulación de esta figura, parte de la doctrina sostiene que la técnica de la FPM implica el nacimiento de un niño o niña deliberadamente huérfano de un progenitor, privándolo de la atención y el cariño del ascendiente fallecido. Esta situación puede afectar el desarrollo y la personalidad del niño, siendo fundamental para él la presencia de ambos padres. Si bien, puede plantearse que puede acontecer una situación idéntica si el progenitor fallece estando el embarazo en curso, “la diferencia estriba en que en la fertilización posterior al fallecimiento de uno de los esposos se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado, en lugar de ocurrir ello por una causa de fuerza mayor, como se produce en el caso de la muerte, que constituye una situación no deseada”²⁴. De tal forma, se da prominencia a la voluntad de los adultos por sobre el vínculo biológico y la identidad de los niños, en clara violación de los tratados de derecho internacional de jerarquía constitucional que establecen tales derechos.

Paralelamente también se sostiene que prácticas como la FPM constituyen una “aplicación desviada de la finalidad terapéutica propia de las técnicas [por las TRHA] y además tiende a satisfacer un deseo egoísta: del hombre que se quiere perpetuar, o de la mujer que quiere revivir la imagen del marido o compañero desaparecido”²⁵. Permitir estas prácticas conlleva la anteposición de los intereses de los progenitores sobre los hijos, redundando en una instrumentalización de los mismos²⁶, la descendencia no debe ser un medio para alcanzar un fin.

Un último argumento contrario a esta práctica radica en la vulneración de los derechos personalísimos del difunto. En la aplicación de las TRHA, y consecuentemente en el establecimiento del vínculo filiatorio, tiene preponderancia la voluntad procreacional, plasmada en el consentimiento previo, libre e informado, de quienes se someten a estas técnicas tal como prescribe el art. 562 del CCyC. El consentimiento debe ser dado de forma clara y expresa para consentir toda práctica de TRHA, incluyéndose aquellas que implican cuestiones para luego de la muerte. No puede presumirse un consentimiento del difunto, ya que se estaría vulnerando el derecho personalísimo a la determinación del propio cuerpo, el cual subsiste aún luego de fallecida la persona²⁷, correlativamente tampoco dicho consentimiento podría ser suplido por un tutor ni por autorización judicial²⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el consentimiento informado es una condición sine qua non para toda práctica médica y “asegura

²³ Vigo, *El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*.

²⁴ Sambrizzi, *La fecundación post mortem*, p. 3.

²⁵ Ferrer, Francisco, *El derecho de sucesiones en el proyecto de Código Civil y Comercial*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 3, 2012, p. 567.

²⁶ Pérez Gallardo, Leonardo B., *La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación post mortem?*, “Revista Derecho de Familia y las Personas”, n° 186, 2015, p. 2, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/1293/2014.

²⁷ González Durán, *Fertilización post mortem y la necesidad de su reglamentación*, p. 2.

²⁸ Rodríguez Guitián, Alma M., *Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem*, “Oñati Socio-legal Series”, n° 1, vol. 7, 2017, p. 185, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5858045>.

el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”²⁹. El respeto por la autonomía de la voluntad, y en definitiva de la libertad personal, implica que nadie puede ser forzado a ser padre o madre incluso luego de la muerte tal como se desprende de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 32, inc. 2³⁰. Se concluye así, para los retractores de este tipo de prácticas, que en post del pleno respeto a la autonomía, la libertad, autodeterminación y la dignidad humana, las mismas deben ser interpretadas de forma restrictiva, a fin de salvaguardar la voluntad del difunto³¹.

5. Intentos de regulación en el derecho interno argentino

Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial. El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial preveía la regulación de la FPM, concretamente que ocurría con el vínculo filiatorio, dentro de sus disposiciones bajo el argumento de brindar una protección ante “la especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja fallece durante el proceso que estas técnicas implican”³², haciendo referencia a las TRHA. Al llegar al Senado de la Nación, el apartado referido a la FPM fue finalmente eliminado sin mayores discusiones. Entre los motivos de la supresión, la doctrina ha argumentado que obedece a los conflictos éticos que generaba la norma³³, pero también a la presión de la Iglesia Católica³⁴.

La norma suprimida prescribía:

“Art. 563. *Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida.* En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

²⁹ CIDH, 30/11/16, “I. V. vs. Bolivia”, párrafo 159.

³⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, art. 32, inc. 2, disponible en: www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

³¹ Yuba, Graciela, *Fertilización asistida post mortem. Sobre los derechos personalísimos y la dignidad*, JA, 47-208, p. 2, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/3274/2018.

³² *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional 844/2012, disponible en www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf, p. 588.

³³ Vigo, *El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*, p. 1.

³⁴ Herrera, Marisa, *Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*, “Revista IUS”, n° 11, p. 9, disponible en https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/78194/CONICET_Digital_Nro.e29b2da6-2b0f-47a0-9420-2c74ff566a63_A.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”³⁵.

De la redacción del artículo se desprende que la práctica de la FPM no se encontraba prohibida en ningún supuesto, pudiendo ser llevada a cabo de forma amplia sin limitaciones cuantitativas³⁶ ni temporales. Correlativamente podía ser efectuada por matrimonios o convivientes de distinto e igual sexo³⁷. Sin perjuicio de la viabilidad de la técnica médica, si se establecía que consecuencias jurídicas se producirían, en relación al progenitor premuerto y la descendencia que deje, en caso de ser realizada.

Como regla general se instituye la inexistencia del vínculo filial entre el nacido mediante una TRHA y su ascendente en caso que este hubiera muerto antes de la concepción o implantación del primero en el seno materno³⁸. De tal forma, el niño o niña carecería de derechos sucesorios sobre el acervo hereditario del causante como tampoco podía llevar el apellido del difundo. En el caso que la pareja estuviera casada, el nacido no sería considerado hijo matrimonial y quedaría solamente vinculado filialmente a la madre³⁹. Otra consecuencia que se desprende es que, ante estas situaciones, se desconoce el vínculo biológico que existiría entre el fallecido y su descendencia, prevaleciendo exclusivamente la voluntad procreacional de la madre como causa fuente de la filiación.

La caducidad del consentimiento brindado para una TRHA⁴⁰ que acontecía con la muerte admitía una excepción con dos requisitos que debían darse simultáneamente para que quede establecido el vínculo filiatorio. El progenitor premuerto debía dejar asentada su voluntad procreacional mediante un consentimiento previo, libre e informado, en los términos del art. 560 del CCyC, o por testamento, para que sus embriones pudieran ser utilizados, y la implantación de los mismos debía acontecer dentro del año siguiente a la muerte.

De lo dicho se desprende que el supuesto avalado por la normativa establecía dos restricciones. Solo se avalaba la FPM en caso de existir un embrión criopreservado, negando cualquier otro supuesto. A esta cuestión se sumaba una limitación de carácter temporal al limitarse a un año la posibilidad de implantación o concepción en el seno materno. Así, se exigía la “conjunción del elemento volitivo y el elemento genético para generar vínculos filiatorios” en estos casos⁴¹.

El art. 563 del Proyecto de Código Civil y Comercial tuvo una recepción variada por parte de la doctrina jurídica, cosechando críticas como opiniones positivas en

³⁵ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

³⁶ Briozzo, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem*, p. 2.

³⁷ Briozzo, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem*.

³⁸ Medina, Graciela, *Las grandes reformas al derecho de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial Argentino 2012*, “Revista del Instituto de la Familia Facultad de Derecho UNIFE”, n° 2, 2013, p. 95, disponible en <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/433/278>.

³⁹ Krasnow, Adriana N., *La filiación y sus fuentes en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial 2012 en Argentina*, “InDret Revista para el Análisis del Derecho”, n° 1, 2014, p. 31, disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1029.pdf>.

⁴⁰ Famá, María V., *La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*, JA, 2014-I, p. 3.

⁴¹ Famá, *La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*.

relación a su redacción, sus alcances y limitaciones. Como opiniones a favor, se ha dicho que la reforma brindaba soluciones para resolver que sucedía con la filiación de los niños nacidos mediante una TRHA, cuando uno de sus progenitores fallece antes de la concepción o la implantación del embrión. No se “promociona ni favorece la filiación post mortem; solo [se] regula un supuesto especial, y de manera restrictiva... Sin ley, los casos que han llegado a la justicia han sido resueltos según el criterio personal del juez”⁴².

Respecto al plazo de un año que se brindaba en la excepción, se consideraba acorde con las normas relativas a la presunción de la filiación matrimonial y el plazo máximo de duración del embarazo⁴³. Con el límite temporal, y la regulación en general, no solo quedaban salvaguardados los derechos filiatorios del niño o niña por nacer, sino también los sucesorios, ya que el art. 2279 del CCyC establece que pueden suceder al causante las personas “nacidas después de su muerte mediante TRHA, con los requisitos previstos en el art. 561”. De tal forma, no se dejaban latentes derechos hereditarios⁴⁴ y se evitaba que se vean “afectados derechos de terceros ante la aparición de una eventual vocacional hereditaria en el proceso sucesorio del difunto”⁴⁵.

Dentro de las críticas, muchos doctrinarios a favor de la FPM, entendieron que la redacción del proyecto de unificación era restrictiva ya que los casos en que esta figura producía efectos filiatorios se encontraban limitados en cuanto a la forma bajo la cual debía brindarse el consentimiento del difunto y el plazo para llevar adelante la práctica⁴⁶. Solo se admitía la manifestación de voluntad expresa del causante, dejando afuera aquellos supuestos en los cuales, si bien no se contaba con un consentimiento, los actos del fallecido eran inequívocos de su voluntad de procreacional. El plazo, contrariamente a lo dicho ut supra, era considerado “demasiado exiguo en relación con el necesario duelo que debe atravesar una persona por la pérdida de un ser querido y la adopción de una decisión que reconfigura su plan de vida original”⁴⁷. Otra limitación radicaba en que la norma se refería exclusivamente a embriones criopreservados, negando efectos filiatorios si la FPM era llevada a cabo con material genético congelado⁴⁸.

Otros cuestionamientos a la norma proyectada residían en las consecuencias que determinaba, en relación a los nacidos, cuando la FPM era llevada adelante sin cumplir los requisitos prescriptos. Para parte de la doctrina, la regulación generaba una nueva diferenciación entre aquellos hijos con vínculos filiales completos y los

⁴² Herrera, Marisa, *Entrevista a Marisa Herrera*, “Lecciones y Ensayos”, n° 90, 2012 ¿Qué es y qué función cumple el Derecho de familia?, disponible en www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/herrera.pdf.

⁴³ Krasnow, *La filiación por técnicas de reproducción*, p. 209.

⁴⁴ Vigo, *El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*, p.5.

⁴⁵ González Durán, *Fertilización post mortem y la necesidad de su reglamentación*, p. 7.

⁴⁶ Gil Domínguez, Andrés, *Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar*, LL, 2016-D-2, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/2171/2016.

⁴⁷ Gil Domínguez, *Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar*.

⁴⁸ Vigo, *El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida*, p. 7.

nacidos a raíz de una FPM fuera de los casos previstos en el art. 563⁴⁹. Es decir, a pesar de ser biológicamente descendientes del fallecido, la ley los excluye limitando su filiación a la materna, no garantizando el doble vínculo filial. Se podría argumentar que acontece una situación similar en los casos de procreación asistida donde una mujer soltera, o en pareja con otra mujer, se insemina con un donante de gameto anónimo, desplazándose en parte la filiación genética ante la prevalencia de otro vínculo filiatorio. La diferencia entre ambos supuestos radica en que la procreación asistida construye una filiación mientras que, en la FPM, por las consecuencias de la norma proyectada, se destruye la conexión biológica con el padre sin construir un nuevo vínculo⁵⁰.

En consonancia con lo expuesto en el apartado anterior, se ha entendido que la inexistencia de vínculo filiatorio entre el nacido y el fallecido que proclamaba la norma, conculcaba el derecho a la identidad de niño⁵¹. La Convención Internacional de los Derechos del Niño prescribe en su art. 8° “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”⁵². Tampoco se garantizaba ningún tipo de protección especial en materia de derechos sucesorios para estos niños y niñas, quedando excluidos del acervo hereditario del causante⁵³.

Nuevo proyecto de regulación de la FPM. El 5 de mayo de 2020 es ingresado un nuevo proyecto de ley tendiente a modificar el CCyC regulando los supuestos de FPM. La iniciativa legislativa fue presentada por el Frente de Todos, siendo remitida a la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, sin haber tenido tratamiento al momento de escribirse estas líneas. Se propone la inclusión del art. 561 bis⁵⁴, el cual establece:

Revocación del consentimiento por causa de muerte. El fallecimiento de una persona, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión, equivale a la revocación del consentimiento oportunamente prestado.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumplen los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el correspondiente consentimiento informado que sus gametos o los embriones criopreservados sean utilizados por su cónyuge o conviviente después de su fallecimiento; y

⁴⁹ Berbere Delgado, Jorge C., *Fecundación post mortem ¿Hacia una forzada orfandad parental?*, “Revista Derecho de Familia y las Personas”, 2012, p. 3, cita Online: TR LA LEY AR/DOC/4840/2012.

⁵⁰ Sojo, Lorenzo A., *Filiación post mortem en el Proyecto del Código Civil y Comercial*, “Revista Derecho de Familia y las Personas”, 2012, p. 1, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/2160/2012.

⁵¹ Sambrizzi, *Fecundación post mortem*, p. 5.

⁵² Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, art. 8°, disponible en www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf.

⁵³ Berbere Delgado, *Fecundación post mortem ¿Hacia una forzada orfandad parental?*, p. 3.

⁵⁴ *Proyecto de Ley. Fertilización post mortem: incorporación del art. 561 bis y modificación de los arts. 562 y 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación*, expte. 2149-D-2020, disponible en www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/2149-D-2020.pdf.

b) la inseminación o la transferencia del embrión se produce dentro del año siguiente al deceso.

Queda prohibida la extracción post mortem de material genético de conformidad con lo previsto en los arts. 55 y 56”.

Se establece como regla general la prohibición de la FPM, al producirse la revocación automática del consentimiento para una TRHA si acontece la muerte. Como excepciones se prescriben dos supuestos: a) que ya se haya producido la concepción en la mujer o implantado el embrión criopreservado y b) que el fallecido hubiera brindado su anuencia en el consentimiento informado para la TRHA para que sus gametos o embriones criopreservados sean utilizados por su pareja, y dicha utilización se produce en el plazo de un año luego de la muerte.

La redacción propuesta recepta parte de las críticas que se realizaron a la regulación original del proyecto de unificación. No se limita la FPM al caso de existir embriones sino también a aquellos supuestos donde existan gametos, dando una mayor amplitud para la práctica. Sin perjuicio de ello, la parte final del articulado prohíbe taxativamente los supuestos de FPM que requieran de la extracción de material cadavérico, en consonancia con las prescripciones de los arts. 55 y 56 del CCyC que determinan que no se presume el consentimiento para la disposición de derechos personalísimos ni sobre el propio cuerpo. Queda abierto el interrogante de si el consentimiento informado podría ser brindado mediante testamento u otra disposición de última voluntad.

A continuación de la incorporación descrita, el proyecto de ley prevé modificar los arts. 562 relativo a la voluntad procreacional y el 2279 sobre que personas pueden suceder. Las modificaciones apuntan a armonizar la normativa con la posibilidad de FPM que consagra el pretenso art. 561 bis, incluyendo dentro de la voluntad procreacional a aquellos nacidos en conformidad al artículo mencionado y reconociéndoles derechos sucesorios.

Dentro de los fundamentos brindados por los legisladores se mencionó que la FPM constituye un conflicto actual que ha despertado recientemente un interés por parte de los medios de comunicación y provocado un debate bioético en Argentina⁵⁵. Por otro lado, se hace referencia a la ya mencionada exclusión del art. 563 del proyecto de reforma del Código Civil la cual tuvo como consecuencia que la FPM no quede “expresamente prohibida por lo cual le cabe el conocido aforismo jurídico: “todo lo que no está prohibido está permitido”⁵⁶ y es por ello que la jurisprudencia nacional viene observando una cantidad creciente de sentencias que la reconocen”⁵⁷. Los fundamentos de los parlamentarios prosiguen reseñando los precedentes jurisprudenciales con respuestas disimiles⁵⁸ que existen. Pero, sobre todo, hacen hincapié en la

⁵⁵ Proyecto de Ley. Fertilización post mortem: incorporación del art. 561 bis y modificación de los arts. 562 y 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación, en www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/2149-D-2020.pdf.

⁵⁶ Proyecto de Ley. Fertilización post mortem, p. 3.

⁵⁷ Proyecto de Ley. Fertilización post mortem, p. 3.

⁵⁸ Proyecto de Ley. Fertilización post mortem, p. 5.

interpelación que surge de la sentencia de la causa “C.E. s/autorización”⁵⁹ que establece:

“Cabe señalar que desde el punto de vista jurídico no existe en nuestro país, una disposición legal que regule la fecundación post mortem, motivo por el cual se puede decir que se está ante una laguna del derecho en una temática que es de gran importancia y que mal que le pese a los legisladores existe en el mundo real; razón por la cual –a mi criterio– resulta imprescindible que la FPM sea expresamente regulada, estableciendo los requisitos que la legislación considere pertinentes, siendo respetuosa de los derechos de todos los involucrados”.

Como último argumento se hace referencia a como a nivel internacional distintos Estados han ido admitiendo y regulando la FPM como por ejemplo España, Reino Unido, Bélgica, Países Bajos, entre otros⁶⁰.

Nuestra opinión. La normativa proyectada y no recepcionada adolecía de graves problemas en torno a su redacción. Como se ha mencionado, al no prohibirse expresamente la técnica, la norma se limitaba a resolver que ocurría en torno al vínculo filiatorio. Si bien pueden reputarse de correctos los requisitos exigidos para reconocer la filiación, con las observaciones realizadas en los apartados precedentes, entendemos que se dejaba desprotegidos a los niños y niñas que pudieran haber nacido en el resto de los supuestos.

En estos últimos casos, los nacidos solamente gozarían de un vínculo filiatorio sin perjuicio de ser biológicamente hijos de aquellos que fallecieron, generándose una paradoja. Está claro que el espíritu del CCyC es que en los supuestos de TRHA la voluntad procreacional desplace al elemento biológico como causa fuente de la filiación, pero es al efecto de crear vínculos filiatorios no de privar al nacido de alguno de ellos. ¿Qué hubieran prevalecido en estos casos? ¿Los derechos del niño o el respeto de una supuesta falta de voluntad procreacional? Por otro lado, si bien se establecía de forma categórica la inexistencia de vínculo filial, dicha exclusión ¿Hubiera sido suficiente para negar acciones de reclamación de filiación basadas en el vínculo biológico y en la vulneración de los derechos del niño? En definitiva, de haberse incluido la norma proyectada creemos que lejos de zanjar la cuestión, se habrían causado nuevas situaciones de conflicto.

Con respecto al nuevo intento legislativo, entendemos que el mismo resulta superador del extinto art. 563. Si bien solo prohíbe taxativamente los casos de FPM que impliquen la extracción de material genético cadavérico, la revocación automática del consentimiento, para el resto de los casos, conlleva también vedar los supuestos restantes que no cumplan con la excepción. De esta manera, se evitarían aquellas situaciones en las que pudieran verse afectados derechos de los niños por nacer y se salvaguardarían aquellos derechos personalísimos del difunto. A su vez, la propuesta resulta más abarcativa al hablar de gametos y embriones, da un plazo cierto para realizar la práctica a fin de brindar seguridad jurídica y, en definitiva, brinda pautas claras sobre cómo debería procederse ante los casos de FPM.

⁵⁹ JuzgNCiv n° 7, 5/2/20, “C.E. s/autorización”, “La Ley”, cita Online: AR/JUR/158/2020.

⁶⁰ Proyecto de Ley. Fertilización post mortem.

6. Jurisprudencia nacional

La inexistencia de una regulación específica entorno a la FPM no ha sido óbice para que la práctica haya sido llevada adelante. Los pedidos para realizar esta técnica han ido en ascenso con el correr de los años, debiendo los jueces resolver dichas situaciones en conformidad al art. 3° del CCyC⁶¹. De tal forma, se ha ido generando una jurisprudencia en torno a la FPM con resultados no siempre coincidentes, tanto por la diversidad de las situaciones planteadas ante la judicatura como por el criterio dispar de los magistrados. Actualmente al menos ocho casos han sido resueltos por los tribunales nacionales en la última década, seis de ellos han otorgado la autorización para realizar este tratamiento, mientras que dos la deniegan.

Precedentes que aceptan la práctica. Dentro de los casos en los que la FPM es receptada, encontramos un primer grupo de situaciones donde distintas parejas, ante la dificultad de lograr la concepción, se someten a una TRHA acaeciendo luego, la muerte del hombre mientras el tratamiento estaba en curso. Posteriormente, la mujer sobreviviente solicita su inseminación artificial con material genético del difunto.

En el precedente “G., A. P s/acción declarativa de certeza”⁶², anterior a la reforma del CCyC, el Tribunal de Familia n° 3 de Morón brinda la venía judicial para la FPM en base a distintos argumentos. En primer lugar, se hace hincapié en que el derecho queda desfasado ante la rapidez de los avances científicos que se han ido suscitando en los últimos tiempos, así “Frente a problemas concretos que exigen solución, este asincronismo entre ciencia y derecho origina numerosos vacíos jurídicos causantes de indefensión”⁶³. Estas lagunas, consigna el fallo, deben ser suplidas por los magistrados en virtud de los arts. 15 y 16 del Código Civil y, en consonancia con el principio de legalidad prescripto en el art. 19 de la CN, debe autorizarse la práctica solicitada ya que todo lo que no está prohibido, está permitido. Por otro lado, no puede negarse la FPM a la reclamante debido al derecho a procrear reconocido por la normativa internacional que le asiste y la importancia de ejercer dicha potestad con quien fuera su pareja. En relación al difunto, el fallo recurre a la figura del consentimiento presunto, entiendo que el mismo surge en base a que, durante el tiempo que duró la enfermedad, el hombre continuó renovando su anuencia para proseguir con la TRHA y las declaraciones de sus familiares que daban cuenta de su deseo de ser padre.

En los autos “K. J. V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo”⁶⁴, del Juzgado Nacional Civil n° 3, la situación se replica con la salvedad que, al realizar el depósito, el hombre suscribió un contrato para la crioconservación dejando constancia que autorizaba a su pareja a retirar las muestras en caso de su fallecimiento. Se reiteran los argumentos del fallo anterior para brindar la autorización, resaltándose que la voluntad procreacional del difunto quedaba acreditada por la existencia de un

⁶¹ Art. 3° del Cód. Civil y Comercial. “*Deber de resolver.* El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

⁶² Tribunal de Familia n° 3 de Morón, 21/11/11, “G., A. P s/acción declarativa de certeza”, “La Ley”, cita Online: TR LA LEY AP/JUR/289/2011.

⁶³ Tribunal de Familia n° 3 de Morón, 21/11/11, “G., A. P s/acción declarativa de certeza”, cons. I.

⁶⁴ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 3, 3/11/14, “K.J.V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo”, “La Ley”, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/53958/2014.

documento firmado por él, donde dejaba autorización expresa para que en caso de su deceso su conviviente pudiera extraer las muestras de semen.

Un segundo grupo de supuestos resueltos por la jurisprudencia se dieron con los precedentes “Sandoval, María Cecilia s/medida autosatisfactiva”⁶⁵, de la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mendoza, y “N.O.C.P. s/autorización”⁶⁶, del Juzgado Nacional Civil n° 87. Ante la muerte intempestiva del hombre integrante de una pareja, en estos casos se solicitó autorización para la extracción de semen cadavérico y luego la venía judicial para su utilización. En ambos fallos se dio curso a la solicitud por argumentos similares a los explicados ut supra pero, como nota distintiva, en el fallo del tribunal mendocino se resalta que los derechos de personas fallecidas no pueden ser esgrimidos como pretensiones jurídicamente protegidas contra aquellas de quienes aún se mantienen con vida. Se sostuvo que “el plexo de derechos y deberes del ordenamiento normativo tiene como sujetos a las personas físicas de existencia visible y que, en consecuencia, las referencias a los derechos de personas fallecidas o personas aún no concebidas no parece jurídicamente acertado”⁶⁷. De tal forma los magistrados entienden que, ante un conflicto, los derechos personalísimos de una persona difunta, o aún no concebida, no pueden primar sobre aquellos de quienes aún están con vida.

Otro argumento novedoso brindado por los mismos jueces, en relación al consentimiento del difunto, consiste en entender que la Ley de Reproducción Médicamente Asistida, y su decreto reglamentario, “cuando prescriben la necesidad del consentimiento informado lo hacen a los efectos de la inseminación, no de la donación y se refieren específicamente a la persona que reclama la donación, no al donante”⁶⁸. Como en el caso en cuestión las células reproductivas del difunto ya se encontraban en un banco de gametos producto de una autorización judicial anterior, carecía de importancia el consentimiento del difunto para la inseminación, bastando solo la anuencia de la mujer que desea someterse al tratamiento.

Por último, la jurisprudencia en los fallos “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social - SEMPRES/amparo”⁶⁹, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Santa Rosa y del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, y “C., M. S. s/autorización Judicial”⁷⁰, del Juzgado de Distrito de Familia de Casilda, Santa Fe, también han autorizado prácticas de FPM cuando ya existe un embrión formado, pero no implantado,

⁶⁵ Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas, de Paz, y Tributario de Mendoza, 7/8/14, “Sandoval, María Cecilia s/medida autosatisfactiva”, cita Online: 118299 RC J 6303/14.

⁶⁶ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 87, 5/5/16, “N. O. C. P. s/autorización”, “La Ley”, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/32492/2016.

⁶⁷ Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas, de Paz, y Tributario de Mendoza, 7/8/14, “Sandoval, María Cecilia s/medida autosatisfactiva”, cita Online: 118299 RC J 6303/14, consid. II.

⁶⁸ Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas, de Paz, y Tributario de Mendoza, 7/8/14, “Sandoval, María Cecilia s/medida autosatisfactiva”.

⁶⁹ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 4 de Santa Rosa La Pampa, 30/12/15, “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social - SEMPRES/amparo”, “La Ley”, p. 3, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/87457/2015 y Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, 31/10/17, “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social - SEMPRES/amparo”, “La Ley”, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/100418/2017.

⁷⁰ Juzgado de Distrito de Familia de Casilda, Santa Fe, 25/11/16, “C., M. S. s/autorización judicial”, cita Online: 898/2016 RCJ 7087/16.

producto de una TRHA. Además de brindarse los argumentos que ya hemos expuestos, en estos casos se ha señalado que “la transferencia post mortem de embriones no merece mayores reparos de parte de quienes sustentan una postura contraria a la fertilización post mortem, presentándose como un supuesto en el que no hay controversia doctrinaria y tampoco judicial”⁷¹. Esto es así, por entender que al existir un embrión no estamos ante una FPM, ya que la fecundación se produjo con anterioridad.

En relación al consentimiento del difunto, al ya estar en un estadio avanzado la TRHA, se entiende que el mismo queda acreditado, pero a su vez, los magistrados del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa recurrieron analógicamente al art. 61 del CCyC. En el mismo se preceptúa que “si la voluntad del fallecido no ha sido expresada o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, conviviente o en su defecto a los parientes conforme el orden sucesorio”⁷². Así, de la interpretación sistemática que hacen los magistrados se desprende que la pareja supérstite estaría legitimada para requerir la FPM.

Con respecto al vínculo filiatorio del niño o niña por nacer, los fallos que reciben la práctica han tenido respuestas disimiles. Por un lado, la judicatura ha guardado silencio, ateniéndose al principio procesal dispositivo, ya que la cuestión no fue esbozada por la actora, pero también “porque no ha nacido ningún niño cuyo emplazamiento pueda demandarse”⁷³. En los autos “N. O. C. P. s/autorización” el magistrado sostuvo que, si bien aún no existe ni niño ni embrión, “el principio de respeto por la verdad biológica es uno de los pilares sobre los que se apoya el régimen de filiación vigente”⁷⁴, entendiéndose que “la peticionante hará honor a tal principio pues su intención es tener un hijo de quien fue su compañero”⁷⁵. Si bien no se establece el vínculo filiatorio, el precedente se aventura a sostener que en virtud de la verdad biológica podría determinarse la filiación paterna. Diferenciándose de este criterio, pero opinando sobre el vínculo filiatorio, en la causa “C., M. S. s/autorización judicial” se entendió que “no es dable expedirse respecto de un hecho incierto, cuál sería la implantación con éxito del embrión criopreservado, su viabilidad y posterior nacimiento con vida”⁷⁶. Sin perjuicio de ello, el magistrado considera que, otorgándose vigencia al consentimiento informado, resultan de aplicación las normas filiatorias referidas a la voluntad procreacional del art. 560 y ss. del Código de fondo, no existiendo impedimento alguno para una posterior inscripción.

⁷¹ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 4 de Santa Rosa La Pampa, 30/12/15, “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social - SEMPRES/amparo”, “La Ley”, p. 3, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/87457/2015, p. 5.

⁷² Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, 31/10/17, “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social - SEMPRES/amparo”, “La Ley”, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/100418/2017, del voto del juez Eduardo Fernández Mendía.

⁷³ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 4 de Santa Rosa La Pampa, 30/12/15, “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social - SEMPRES/amparo”, “La Ley”, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/87457/2015, p. 7.

⁷⁴ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 87, 5/5/16, “N. O. C. P. s/autorización”, “La Ley”, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/32492/2016, consid. IX.

⁷⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 87, 5/5/16, “N. O. C. P. s/autorización”.

⁷⁶ Juzgado de Distrito de Familia de Casilda, Santa Fe, 25/11/16, “C., M. S. s/autorización judicial”, cita Online: 898/2016 RCJ 7087/16.

Sobre la idea de que la FPM vulnera los derechos de los niños y niñas por nacer, todos los fallos han sido coincidentes en rechazar dicho argumento. Por un lado, se ha señalado que se incurre en una contradicción al pedir que se deniegue la práctica de la FPM por la afectación de los derechos del niño. Si se pretende proteger al niño por nacer, en primer lugar, se debe garantizar la viabilidad de su desarrollo en el cuerpo de la mujer. Por otra parte, se ha sostenido que el derecho a gozar del cuidado de ambos progenitores tampoco constituye un argumento válido a la luz del fallo “Fornerón e hija vs. Argentina”⁷⁷. Así, los magistrados han señalado que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma... la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o paterna, sin que ello obste a que está pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo”⁷⁸.

Precedentes que rechazan la práctica. Como se mencionó con anterioridad dos precedentes denegaron el pedido de autorización de una práctica de FPM. El primer caso caratulado como “D., M. H. y otros s/autorización”⁷⁹, de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, trataba de un hombre que decidió la extracción de una muestra de sus gametos al tener que someterse a un tratamiento quimioterapéutico. A raíz del agravamiento de su condición clínica, debido a una infección intrahospitalaria, es su padre quien realiza el depósito en la clínica de fertilización, invocando su carácter de tutor. Producido el deceso del hombre, sus ascendientes y conviviente solicitan autorización para realizar una FPM. El pedido es rechazado en primera instancia, siendo la alzada quien resuelve definitivamente la cuestión de manera coincidente. Los magistrados revisores se preguntan si el consentimiento informado puede presumirse en estos casos, a partir de dicho planteo entienden que la “posibilidad de utilizar y transferir aquellas células queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación”⁸⁰.

La postura de entender de forma restrictiva el consentimiento queda reforzada, a criterio de los jueces, por el art. 7° de la Ley de Reproducción Medicamente Asistida que determina “el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad”⁸¹, excluyéndose cualquier posibilidad de voluntad presunta o por representación. En el caso de marras la cuestión se complejiza aún más porque no fue el difunto quien procedió al depósito, sino que fue su padre invocando una representación inexistente toda vez que el pretense tutelado contaba con plena capacidad y lucidez al momento de producirse el depósito. Concluyen los magistrados en que por “respeto a la libertad, no se puede forzar a nadie a ser padre o madre, ni suponer que ha

⁷⁷ CIDH, 27/4/02, “Fornerón e Hija vs. Argentina”.

⁷⁸ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 4 de Santa Rosa La Pampa, 30/12/15, “A. C. del V. c/Instituto de Seguridad Social - SEMPRES s/amparo, “La Ley”, p. 5 y 6, cita Online: TR LA LEY AR/JUR/87457/2015. 6

⁷⁹ CNApelCiv, Sala H, 3/4/18, “D., M. H. y otros s/autorización”, “La Ley”, cita Online: AR/JUR/12809/2018.

⁸⁰ CNApelCiv, Sala H, 3/4/18, “D., M. H. y otros s/autorización”, p. 2.

⁸¹ Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida, art. 2°, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>.

querido serlo... en razón del derecho personalísimo en juego”⁸², confirmando de tal forma el fallo de primera instancia.

Resulta interesante como los magistrados rechazan el concepto de voluntad procreacional presunta a diferencia de los fallos anteriores. Cabe destacar que en este caso se presentan elementos diferenciales, como que no fue el fallecido quien firmó el consentimiento informado, pero indudablemente existieron actos que pudieron haber sido interpretados como indicadores de una voluntad.

El último precedente bajo análisis en el presente trabajo es la causa “C., E. s/autorización judicial”⁸³, del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 7 donde una pareja, ante la imposibilidad de concebir recurre al depósito de semen en un instituto de fertilización, celebrando al efecto un instrumento similar a la figura del contrato de adhesión. Ante la muerte del hombre, su conviviente inicia las acciones judiciales necesarias para llevar adelante una FPM. La magistrada interviniente entiende que, si bien la FPM no se encuentra prohibida en el derecho argentino, deben concurrir tres requisitos para su autorización: “El primero de ellos se relaciona con el consentimiento informado en forma expresa y libre, el segundo con la voluntad procreacional debidamente manifestada y el plazo”⁸⁴.

En virtud de la normativa vigente, arts. 560 y 561 del CCyC, el fallo resalta que el consentimiento informado resulta fundamental a la hora de llevar adelante una TRHA por acto entre vivos, por lo que aún más debe exigirse en un caso post mortem por las consecuencias que implica. Estas exigencias tienen por finalidad proteger los derechos personalísimos de los interesados, entendiéndose como aquellos que “están íntimamente ligados con la persona y que son, por su naturaleza, inherentes a ella y su dignidad a la vez que intrasmisibles”⁸⁵. Se argumenta en el decisorio que no existe ningún elemento que demuestre un consentimiento informado expreso siquiera para realizar una TRHA, ya que solo obra un formulario de adhesión suscripto por las partes, no equivaliendo a un consentimiento en los términos exigidos por el CCyC.

El elemento volitivo es otro de los factores determinantes, como se mencionó a criterio de la magistrada, estando íntimamente ligado al consentimiento informado. No puede suplirse el mismo recurriendo a la figura de una presunción, máxime existiendo normas expresas que regulan las condiciones en la cual debe darse el mismo. Así, no encontrándose acreditados los extremos mencionados, la magistrada deniega la autorización requerida.

Conclusión

Luego de haber realizado un pormenorizado análisis de la doctrina, normativa proyectada y la jurisprudencia existente, podemos alcanzar algunas conclusiones que aporten en torno a la problemática de la FPM. Como se ha mencionado, el derecho

⁸² CNApelCiv, Sala H, 3/4/18, “D., M. H. y otros s/autorización”, “La Ley”, p. 4, cita Online: AR/JUR/12809/2018.

⁸³ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 7, 5/2/20, “C. E. s/autorización”, “La Ley”, cita Online: AR/JUR/158/2020.

⁸⁴ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 7, 5/2/20, “C. E. s/autorización”, p. 14.

⁸⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 7, 5/2/20, “C. E. s/autorización”, p. 15.

queda rezagado ante los avances científicos y las nuevas situaciones que se generan, rompiendo cualquier previsión que podría haberse realizado. Estos vacíos jurídicos, que se originan producto del progreso, no solo provocan el desafío de confeccionar soluciones legales viables para su encuadre normativo, sino que también generan dilemas éticos de no fácil solución. Si entendemos al derecho desde una postura tridimensional nunca podemos dejar de lado el aspecto dikelógico por el cual se reparte potencia e impotencia según las valoraciones que se hagan, máxime en casos como los que abordamos donde entran en juego no solo cuestiones filiatorias y hereditarias sino también vinculadas con la trascendencia de la persona. Así, las soluciones que se brinden, podrán favorecer a una perspectiva amplia del derecho de las familias como no, podrán poner el acento en que nadie está obligado a ser padre si no dejó su consentimiento, como en respetar cual era el proyecto buscado en vida y truncado por los imponderables de la vida, entre otras situaciones.

Ante este difícil desafío creemos que los operadores jurídicos no deben quedarse impasibles, sino que les corresponde articular medidas para dar respuestas a los planteos que surjan. De tal forma, en base al principio de la realidad y viendo que las situaciones de FPM acontecen, entendemos que es necesario plantear una legislación expresa que evite conflictos como los reseñados en este trabajo a fin de armonizar los intereses en juego. La seguridad jurídica así lo exige para evitar decisiones contradictorias que dependan de la voluntad de los intervinientes de turno.

Existen fallos que autorizan prácticas de FPM ante un consentimiento presunto, otros que niegan que el mismo sea válido atento a estar en juego derechos personalísimos solo siendo viable un consentimiento expreso, mientras que en otros casos se le restó total importancia al mismo al haber fallecido su titular. Esta disparidad de criterios deja a quienes desean llevar adelante estas prácticas en una situación de desamparado e indefensión ya que ni siquiera puede establecerse una línea jurisprudencial clara sobre en qué supuestos sería viable realizar una FPM. No debemos olvidarnos que estamos ante circunstancias complejas, quienes solicitan la autorización judicial son personas que han perdido recientemente a un ser querido con el cual añoraban llevar adelante un proyecto de vida compartido, con todos los anhelos, sueños y expectativas que ello conlleva.

Además, entran en juego los derechos de los niños y niñas por nacer. Sin perjuicio que pueda sostenerse que en este tipo de situaciones su nacimiento es un hecho futuro e incierto, la ley debe prever una protección para los mismos atento su interés superior, garantizándoles que, en caso de nacer, puedan tener salvaguardado su derecho a la identidad, no generándose discriminaciones entre ellos y otros descendientes de la pareja.

La normativa que se dicte debe ser clara y equilibrada a fin de evitar situaciones disvaliosas como las que podrían haber acontecido de haberse sancionado el art. 563 del proyecto de unificación del CCyC. Siendo nuestro ordenamiento jurídico respetuoso de una concepción amplia de las distintas formas familiares existentes y del proyecto de vida de cada persona, debería permitirse llevar adelante la FPM cuando exista material genético congelado y/o embriones. Pero, la legislación que se dicte no debe prescindir del respeto a los derechos personalísimos del difunto, debiendo ser concordante con las normas relativas al consentimiento informado y la voluntad procreacional que son rectoras en nuestro sistema legal para el caso de las TRHA.

Solamente así se garantizarán los vínculos filiatorios, dando una protección adecuada a los derechos de los niños por nacer y se evitarán nuevas situaciones disvaliosas o de indefensión.

© Editorial Astrea, 2022. Todos los derechos reservados.

