

LA FUNCIÓN DEL DERECHO, LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN HUMANA *POST MORTEM* Y EL DERECHO SUCESORIO

Francisco A. M. FERRER*

SUMARIO: I. *El debate entre las ciencias y el derecho.* II. *La función del derecho: tendencias legislativas.* III. *El límite que el derecho debe exigir a las técnicas procreativas: el interés del hijo.* IV. *Las técnicas post mortem.* V. *La fecundación post mortem en el derecho comparado.* VI. *Situación en el derecho vigente argentino y uruguayo.* VII. *Proyectos de ley.* VIII. *Razones que determinan el rechazo de la fecundación post mortem.* IX. *El concebido con semen que se extrajo de un hombre fallecido.* X. *El embrión in vitro existente a la fecha de apertura de la sucesión.* XI. *Función orientadora de la ley.* XII. *Recomendaciones.*

I. EL DEBATE ENTRE LAS CIENCIAS Y EL DERECHO

Desde hace unos años los juristas se encuentran inmersos en un debate inesperado y complejo entre las ciencias biomédicas y el derecho. ¿Cómo surge este debate?

La biomedicina nos ha maravillado en los últimos años con sus incesantes y notables avances tecnológicos y descubrimientos, en virtud de los cuales ha logrado penetrar en el origen de la vida y no sólo ha alcanzado el conocimiento y el poder de intervenir en el patrimonio genético del individuo, con enormes proyecciones para la prevención de enfermedades, el cuidado de la salud y el bienestar del ser humano; sino también ha llegado a dominar el proceso procreativo, lo ha separado del acto sexual y lo ha convertido en un acto médico a través de las técnicas de asistencia a la procreación, que se definen como las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción *in vitro*, la transferencia de embriones y la inseminación ar-

* Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, República Argentina.

tificial, así como toda otra técnica de efecto equivalente que posibilite la procreación fuera del proceso natural (artículo 152.1, Código de la Salud Pública francés).

Las alternativas y combinaciones que permite la aplicación de las tecnologías biomédicas son múltiples: pueden convocar la participación de varias personas en el proceso procreativo recurriendo al concurso de terceros dadores de gametos para lograr un hijo; asimismo, la técnica de la fecundación *in vitro* permite concebir un embrión mediante la fusión de células germinales en una probeta, se pueden conservar por muchos años congelados los embriones producidos, o bien, transferirlos, implantándolos en una mujer, aunque los embriones hayan sido concebidos con ovocitos de otra mujer, o sea, que los embriones son genéticamente extraños a la madre portadora, todo lo cual hace posible que un mismo individuo puede ahora llegar a tener dos padres y tres madres: el padre social (comitente) y el padre genético; la madre social (comitente), la madre genética y la madre que lleva adelante la gestación y el parto; igualmente las técnicas procreativas posibilitan que una mujer sola o una pareja homosexual puedan tener un hijo; hacen posible también la concepción de un hijo *post mortem*, etcétera. Finalmente estas técnicas abren el panorama a otros procedimientos científicos con resultados impredecibles: la octogénesis (permitiría desarrollar la gestación de un ser humano íntegramente *in vitro*), la partenogénesis (posibilitaría a la mujer tener una hija sin el concurso de semen masculino) y la clonación (reproducción de un individuo con sus solas fuerzas genéticas, obteniendo otro ser idéntico).

Todas estas posibilidades técnicas llevadas a la práctica provocan la desarticulación de las relaciones y estructuras familiares tradicionales, y consiguientemente, la alteración sustancial de las reglas del derecho de filiación y de sucesiones.

Desde comienzos de la década de los ochenta, los poderes públicos comenzaron a inquietarse por los problemas, tanto de orden moral como jurídico, planteados por las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho de las personas, del derecho de familia y sucesiones, cuyos principios estructurales se han visto conmovidos. Se crearon comités nacionales de ética, se produjo y se sigue produciendo una abundante literatura jurídica, se realizaron congresos, jornadas, debates, convenciones internacionales y, finalmente, algunos Estados comenzaron a sancionar leyes tendientes a encuadrar legalmente la aplicación de las técnicas reproductivas y biomédicas, lo que trajo como consecuencia la incorporación de nuevas normas en los

códigos civiles. Pero en muchos otros países aún se carece de un marco legal y se mantiene encendido el debate sobre la forma de encarar la regulación legal de las técnicas (como Argentina, Uruguay, Italia, etcétera), y la cuestión es tan compleja que la polémica también continúa vigente en aquellas naciones que ya llevan varios años con leyes específicas sobre la materia, pues son objeto de discusión y se ha planteado su revisión legislativa (España, Francia).

El nudo conflictivo de las cuestiones originadas por el avance de la biotecnología radica en que el ímpetu de los operadores biomédicos y de los científicos por el progreso y por hacerlo todo técnicamente posible, exhibe una definida tendencia a desbordar, en el ámbito de sus investigaciones, experimentaciones y aplicaciones a los seres humanos, el límite que le imponen el respeto a la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la identidad y a la integridad física y genética.

¿Cuál es el rol que debe cumplir el derecho ante este avance de la biotecnología?, ¿convalidar indiscriminadamente todas las investigaciones y experimentaciones en aras del progreso de la ciencia?, ¿aceptar los hechos cumplidos?, ¿autorizar todos los procedimientos técnicos de asistencia a la procreación?, ¿habilitar a todas las personas, solas o unidas en parejas heterosexuales u homosexuales, a emplear tales técnicas para que puedan satisfacer su deseo de tener un hijo?

II. LA FUNCIÓN DEL DERECHO: TENDENCIAS LEGISLATIVAS

Una visión esquemática de la legislación comparada nos permite apreciar dos corrientes que interpretan de distinta manera la función que compete al derecho frente a los problemas éticos que plantea la biomedicina.¹

¹ La sistematización fue elaborada por Andorno, Roberto, en su trabajo “Les droits nationaux européens face a la procréation medicale assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?”, *Revue internationale de droit comparé*, París, 1994, t. I, pp. 141 y ss. Distingue entre aquellas legislaciones que privilegian el progreso y la eficacia de la técnica y aquellas que privilegian la persona humana y la protección de sus derechos fundamentales. Vuelve sobre la cuestión en sus trabajos: “Procreación asistida: posiciones contrapuestas en el derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos”, J. A., 1994, t. III, p. 925; y en “La procreación asistida en el derecho comparado”, en la obra colectiva *El derecho frente a la procreación artificial*, Buenos Aires, Abaco, 1997, pp. 101 y ss. También puede consultarse sobre las características de la legislación comparada europea en esta materia: Meulders-Klein, Marie Thérèse, *La personne, la famille, le droit*, París, LGDJ, 1999, pp. 316 y ss.

Un sector se integra con aquellas leyes que admiten con amplitud la práctica de las técnicas de procreación médicamente asistida, en todas sus variantes, privilegiando el derecho absoluto que se reconoce a los adultos de tener descendencia por cualquier medio y en cualquier circunstancia, relegando a un segundo plano el interés de los hijos nacidos de la tecnología y sus derechos esenciales. En orden a las investigaciones y experimentaciones, la política legislativa entiende, conforme a esta concepción, que el derecho no debe constituirse en un obstáculo del progreso biotecnológico, sino que debe adecuarse a la evolución científica, porque el avance de las ciencias beneficia a la sociedad y contribuye al mejoramiento de la calidad de vida del individuo. En esta corriente se pueden ubicar las leyes de España de 1988² y la del Reino Unido de 1990 (Human Fertilization and Embryology Act). Ambas se distinguen especialmente por su liberalismo tanto en materia de acceso a las técnicas como respecto a la experimentación, aunque por distintos fundamentos: en España, más ideológicos, pues la ley se sancionó bajo un gobierno socialista; en Gran Bretaña, bajo un gobierno de derecha, el de Margaret Thatcher, y fue por motivos eminentemente pragmáticos.

En cambio, otro grupo de leyes parte de considerar que el derecho frente al progreso científico que refiere directamente a la persona humana, no debe abdicar de su función de establecer normas éticas mínimas de conducta, en función del interés general de la comunidad. El derecho siempre ha implicado un juicio de valor de los comportamientos sociales, por lo tanto, no puede limitarse a una función meramente administrativa de dejar hacer, legitimando todo lo que pretende practicar la ciencia sobre la persona humana. El desarrollo biotecnológico no es un valor absoluto; está subordinado a los intereses esenciales de la persona humana, en razón de los cuales la ley debe establecer una diferenciación entre las diferentes técnicas biomédicas para decidir cuáles deben ser aceptadas y cuáles no, qué límites deben reconocer, organizando el control de la práctica de la biomedicina, a fin de garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y a sus derechos esenciales: a la vida, a la identidad y a tener una familia biparental.

² Andorno, Roberto, “La loi spagnole sur la procréation artificielle ou le triomphe du «primat technicien»”, *Ethique. La vie en question*, París, núm 2, 1991, pp. 86 y ss; Hoof, Pedro F., *Procreación artificial y manipulación genética (comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida)*, L. L., 1991, A, p.775.

Representan esta tendencia las leyes de Alemania, Austria, Suiza, Dinamarca, y en alguna medida las de Suecia, Noruega y Francia.

III. EL LÍMITE QUE EL DERECHO DEBE EXIGIR A LAS TÉCNICAS PROCREATIVAS: EL INTERÉS DEL HIJO

Las técnicas de asistencia a la procreación tornan posible una manipulación deliberada y autoritaria por parte de los sujetos y de los ejecutantes del proyecto parental (progenitores y médicos), que opera sobre elementos estructurales de la personalidad del “objeto” del proyecto de manera completamente inédita, olvidando a veces que este “objeto” es otro ser humano y que se trata del proyecto de dar vida a un hijo, el cual en tanto que “otro”, debe ser respetado en su identidad filiatoria, en su integridad física y genética, y protegido en su vulnerabilidad.³

El derecho no es neutro, el juicio de valor es una etapa decisiva en la reflexión jurídica. Por lo tanto, no puede renunciar a su propia razón de ser, que consiste en la función de discriminar lo que es legítimo, ético y permitido, y lo que no lo es,⁴ por lo cual no puede resignarse, particularmente el derecho de filiación, a aprobar el hecho científicamente cumplido.⁵ Ya Savatier escribía

³ Dupuis, Michel, “Note anthropologique sur le projet parental et les préfigurations de l’enfant”, en la obra Schiffino-Varone, *Procréation médicalement assistée: régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 169 y ss.

⁴ Sostienen este criterio, entre otros: Andorno, Roberto, trabajos citados; Baudouin, J. L. Labrusse y Riou, C., *Produire l’homme, de quel droit?*, París, PUF, 1987, pp. 160 y ss; Meulders-Klein, Marie Thérèse, *La personne, la famille, le droit, cit.*, nota 1, pp. 285 y ss; Hennau-Hublet, C., “La loi et l’embryon *in vitro*: quel cadre juridique pour l’embryon *in vitro*?”, *Comité Consultive de Bioéthique de Belgique: L’embryon humaine in vitro*, Bruselas, De Boeck Université, 2000, p. 136; Bustos Pueche, José E., *El derecho civil ante los retos de la nueva genética*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 112 y ss; Loyarte-Rotonda, *Procreación humana artificial*, Buenos Aires, Depalma, 1995; Iñigo, Delia, “Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas”, *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, núm. 2, 1989, p. 62; Sambrizzi, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001; nuestros trabajos: “Identidad y fecundación asistida”, *Libro de Ponencias, Congreso sobre “La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo”*, Santa Fe, U. N. L., 1996, pp. 204 y 205, y en “Regulación legal de la reproducción humana asistida”, (Proyecto sancionado por el Senado de la Nación), *Revista Jurisprudencia Santafesina*, 1997, núms. 36/37, pp. 102-106; etcétera.

⁵ Cadou, Eléonore, “La biologisation du droit de la filiation”, en Labriousse-Riou, Catherine (dir.), *Le droit saisi par la biologie*, París, LGDJ, 1996, p. 37.

que no corresponde a la biología dirigir al derecho, sino al derecho dirigir la biología, porque la realidad jurídica es más compleja que la realidad biológica, en razón de que el derecho es una ciencia del hombre en cuanto persona dotada de cuerpo y espíritu en el cual el espíritu siempre domina, incumbiendo al jurista salvaguardar los derechos subjetivos de la persona humana; mientras que la biología es una ciencia parcial, pues se limita a estudiar, en el hombre, la materia y la vida, prescindiendo de su espiritual preeminencia.⁶

Por ello, al derecho le corresponde poner límites a las manipulaciones que posibilita la técnica médica y que predeterminan la personalidad del hijo que se pretende crear. El legislador, como se ha dicho, debe asumir la “voz del sin voz” (el futuro niño), cuyo legítimo interés debe hacer prevalecer, porque de tal modo se resguarda más plenamente la dignidad humana.⁷

La toma de posición del ordenamiento jurídico, por consiguiente, debe traducirse en una intervención equitativa, eficaz e idónea para lograr una sistematización óptima de los intereses comprometidos: el de los progenitores y antes que nada, el del hijo, que es objeto del proyecto parental.⁸ Y es en función del interés y beneficio del niño por nacer que debe rechazar la posibilidad de que pueda ser privado intencionalmente de la posibilidad de tener un padre y una madre socialmente responsable de él; este derecho del niño a una familia biparental constituye la frontera primera y fundamental que el derecho debe establecer para la legítima utilización de las técnicas de procreación.⁹

De ahí que las leyes sancionadas en diversos países que regulan la procreación médicamente asistida dispongan que destinatarios de las técnicas son sólo parejas heterosexuales estables, casadas o no, y vivientes ambos (Leyes suecas de 1984 y 1988; Ley de Tecnología Reproductiva de South Australia de 1988; Ley de Infertilidad de Victoria (Australia) de 1984, enmendada en 1987; Ley alemana de Protección del Embrión de 1990; Ley austríaca de 1992; Ley noruega de 1994; Ley francesa 94-654 de 1994, que introduce el artículo 152-2 en el Código de la Salud Pública; Ley danesa de

⁶ Savatier, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2a. ed., París, Dalloz, 1952, núms. 206-208.

⁷ Hoof, Pedro F., *Bioética y derechos humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 39.

⁸ Cassano, Giuseppe, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milán, Giuffré, 2000, p. 170.

⁹ Meulders-Klein, Marie T., *La personne, la famille, le droit, cit.*, nota 1, pp. 312 y 313.

1997; Ley Federal suiza de 1998, y también el Código de Deontología Médica de Italia, sancionado en 1998, que establece que el médico sólo puede emplear la fecundación asistida con parejas heterosexuales estables (artículo 42).¹⁰ La misma solución consagra el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados de Italia el 18 de junio del 2002 (Proyecto núm. 1514, actualmente —3 de noviembre— en trámite en el Senado). En México se ha definido que las usuarias de las técnicas sean parejas heterosexuales con una relación estable.¹¹ Sólo España en la Ley 35/1988 habilita expresamente a la mujer sola como usuaria de las técnicas.¹² Incluso el Informe Warnock, de Gran Bretaña, reconoció que “por regla general, es mejor para los hijos nacer en una familia con dos genitores, padre y madre” (capítulo II, núm. 2.11). La Ley de 1990 (Human Fertilization and Embryology Act) en su artículo 13.5 dispone que “Los servicios terapéuticos no pueden ser dispensados a una mujer sin que haya sido tomado en cuenta el bienestar de todo hijo susceptible de nacer como consecuencia del tratamiento, comprendiendo la necesidad para este infante de tener un padre, y el interés de todo otro hijo que pueda ser afectado por el nacimiento”. Después de haber establecido los principios básicos, la ley delega todos los poderes de decisión a un organismo, la Human Fertilization and Embryology Authority, que tiene las más amplias facultades para decidir lo que es lícito

¹⁰ Fue asimismo la recomendación de la Asociación Médica Mundial (XXIX Asamblea de Madrid, 1987) y de la Confederación Nacional de Colegios Médicos de la República Argentina (Comisión de Bioética, *Informe sobre reproducción asistida*, Buenos Aires, agosto de 1997); de las *Terceras Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones*, Morón, 1993, Comisión 3, núm. 3, y es la solución que propone la Sociedad Argentina de Esterilidad e Infertilidad en su anteproyecto de ley sobre reproducción humana asistida, de 1996, artículo 40, y posteriormente el Proyecto aprobado por el Senado de la Nación Argentina el 2 de julio de 1997, artículo 60.

¹¹ Alvarado Durán, Alberto, “Consideraciones éticas y legales sobre la reproducción asistida en México”, *Ginecología y obstetricia de México*, vol. 64, marzo de 1996, p. 111.

¹² La solución ha sido ampliamente criticada por la doctrina jurídica, al sostener un sector la inconstitucionalidad de la norma que permite la inseminación de la mujer sola, como también la que habilita la fecundación *post mortem*: López-Montes-Roca, *Derecho de familia*, 3a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, p. 312; Hernández Ibáñez, Carmen, “Consecuencias jurídicas en torno a la procreación asistida”, *Biotechnología y futuro del hombre*, *cit.*, nota 47, p. 46; Romeo Casabona, Carlos M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 216 y 238; Porras del Corral, Manuel, *Biotechnología, derecho y derechos humanos*, Córdoba, Publicaciones Cajasur, 1994, pp. 105 y ss; etcétera.

o no, y que, pese a la directiva de la ley, favorece la procreación por mujeres solas.¹³

IV. LAS TÉCNICAS *POST MORTEM*

Podemos distinguir tres técnicas distintas que pueden llevarse a cabo después del fallecimiento del hombre del que provienen los gametos con los cuales se ha creado el hijo. En primer término, la fecundación *post mortem*, que se encuentra entre las técnicas más cuestionadas de la procreación médicamente asistida, porque se crea un niño programado de antemano huérfano de padre. Se practica con semen congelado del marido o compañero prefallecido, quien entregó previamente sus células germinales a un banco de gametos. Generalmente ocurre antes de un tratamiento terapéutico que le ocasiona la pérdida de la capacidad procreativa. Posteriormente fallece y la viuda o compañera se empeña en hacerse fecundar con ese semen. Otra variante que suscita un rechazo generalizado se da cuando la mujer hace extraer el semen del cadáver de su marido o compañero recientemente fallecido, esta última operación, que obedece, según se puede apreciar en la realidad de los hechos, a un ansia de maternidad determinada en un contexto de profunda angustia y alteración emotiva y circunstancial de la mujer. Y finalmente, la transferencia de embriones *post mortem*: el embrión concebido *in vitro* en vida de ambos progenitores, es transferido al útero materno después de la muerte de su padre, supuesto que no genera las fuertes objeciones a que dan lugar las anteriores técnicas.

Cabe entonces analizar la procedencia de la aplicación de estas técnicas a la luz de los principios éticos y jurídicos.

V. LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM* EN EL DERECHO COMPARADO

En primer lugar, es conveniente, para ubicarnos más precisamente en el tema, una visión panorámica del tratamiento legal que este procedimiento

¹³ Sobre la composición y rol de este organismo, ver Shenfield, Françoise, “Le rôle de la Human Fertilization and Embryology Authority en Grande Bretagne”, en Feuillet-Le Mintier, Brigitte (dir.), *Normativité et biomédecine*, París, Economica, 2003, pp. 142 y ss. Sobre el Código de Práctica sancionado por este organismo, véase comentario crítico de Marie T. Meulders Klein, *La personne, la famille, le droit, cit.*, nota 1, pp. 318 y 319.

procreativo ha tenido en las legislaciones que han regulado la asistencia médica en la procreación.

Paradójicamente las dos legislaciones más liberales en esta materia, la española y la inglesa, exhiben soluciones contrapuestas: la española autoriza el empleo de esta técnica, siempre que el hombre hubiese autorizado por escritura pública o testamento el uso del semen por su mujer y que ésta se hubiese hecho fecundar dentro del plazo de seis meses desde el fallecimiento de aquél (artículo 9o., inciso 2, Ley 35/88; Ley de Filiación Catalana de 1991). El hijo nacido de tal aplicación tendrá filiación paterna establecida y derecho hereditario. Por el contrario, la ley inglesa de 1990 (Human Fertilization Act), si bien no prohíbe la aplicación de la técnica y exige la autorización escrita del hombre, la priva de efectos jurídicos, pues dispone que “cuando el esperma de un hombre o cualquier embrión procedente de aquél fuera utilizado después de su muerte, el hombre no será considerado legalmente como padre del hijo que nazca” (artículo 28.6).

La ley española, prescindiendo de los límites éticos que hemos expuesto en el párrafo anterior, se funda en el principio de la libertad personal, en el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, y también en el principio de igualdad que debe existir entre todos los que quieren usar las técnicas: matrimonios, parejas de hecho, mujeres solas.¹⁴

La ley inglesa funda la privación de derechos filiatorios al hijo nacido de esta técnica en un argumento pragmático: las posibles consecuencias psicológicas perjudiciales tanto para el hijo como para la madre y la necesidad de evitar los conflictos patrimoniales sucesorios que se pueden originar incluso años después de la muerte del padre, que complican a terceros y comprometen la seguridad del tráfico jurídico (informe Warnock de 1984, párrafos 4.4 y 10.9). La drástica solución del legislador británico persigue desalentar la práctica de esta tecnología.¹⁵

Todos los otros países de Europa que han legislado sobre esta materia exigen que los integrantes de la pareja heterosexual que se somete a las técnicas se encuentren vivos; así, descartan la fecundación *post mortem*, incluso

¹⁴ Rivero Hernández, Francisco, “La fecundación artificial *post mortem*”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, núm. 4, p. 41; Carcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 84.

¹⁵ Shenfield, Françoise, “Le rôle de la Human Fertilisation Embryology Authority en Grande-Bretagne”, en Feuillet-Le Mintier, Brigitte, *Normativité et biomedicine*, París, Económica, 2003, p. 141.

prevén sanciones penales, y si llega a nacer el hijo mediante este procedimiento, no tiene vocación sucesoria por no haber existido a la fecha de la muerte, conforme a las disposiciones del derecho hereditario: Suecia (Leyes de 1984 y 1988); Dinamarca (Leyes de 1992 y 1997); Alemania (Ley de Protección al Embrión de 1990, artículo 4o., inciso 3, y artículo 1923 Código Civil alemán); Austria (Ley de 1992); Noruega (Ley de 1994); Francia (artículo 152-2, Código de la Salud Pública, texto según Ley 94-654 de 1994, y artículos 725 y 906 Código Civil francés); Suiza (Ley Federal de 1998, artículo 37, inciso b) y artículo 542 Código Civil suizo).

En Italia, el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados el 18 de junio de 2002 (Proyecto núm 1514, actualmente —3 de noviembre— en trámite en el Senado), establece que pueden acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida, las parejas de personas mayores de edad, de sexo diverso, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, debiendo ser vivientes ambos (artículo 5o.), o sea, excluye la práctica *post mortem*. Esta disposición ya se había reiterado en anteriores proyectos; además se encuentra en el vigente Código italiano de Deontología Médica sancionado en 1998 (artículo 42). El hijo nacido de esta técnica, carece de capacidad para heredar porque no ha estado concebido al tiempo de la muerte del causante (artículo 462 del Código Civil italiano).

Asimismo, su rechazo ha sido preconizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal; Coloquio sobre Derecho Penal y Técnicas Biomédicas (Viena, 1989); las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil (Lima, Perú, 1992); el III Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1994); y el IX Congreso Mundial de Derecho de Familia (Panamá, 1996).

VI. SITUACIÓN EN EL DERECHO VIGENTE ARGENTINO Y URUGUAYO

Tanto en el derecho argentino como en el uruguayo, la aplicación de las técnicas médicas de procreación asistida carecen de regulación legal. La actividad de las clínicas que se dedican a esta especialidad se desarrolla sin un marco legal específico; las cuestiones conflictivas que puedan suscitarse se regirán por los principios generales vigentes. En Argentina se informa que ya hay más de cuatro mil niños nacidos de los procedimientos de procreación asistida, y se realizan unos dos mil quinientos al año con una

efectividad todavía baja del 25 al 30 por ciento, lo que revela la importante difusión de dichas técnicas (informe de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad).

Si el marido o el compañero de la mujer dispone por testamento de sus gametos, legándoselos para que los utilice, dicha cláusula sería nula, porque de acuerdo al artículo 3751 del Código Civil (CC) argentino los legados deben tener por objeto cosas y derechos que estén en el comercio (artículo 953), al igual que lo dispone el Código Civil uruguayo (artículos 1282 y 1286),¹⁶ y las células germinales humanas no lo están, pues se trata de bienes de la personalidad.¹⁷

No obstante, existiendo o no una autorización escrita del hombre, la mujer se efectúa una fecundación *post mortem*, habiendo estado casada con el causante, y si el hijo nace dentro de los 300 días de ocurrido su fallecimiento, se presume hijo de aquél. En cambio, si nace después de los 300 días desde la disolución del matrimonio por fallecimiento del marido, significa que fue concebido cuando el matrimonio ya no existía, por lo cual ya no funciona la presunción de paternidad patrimonial (artículo 243 del CC argentino; artículo 215 del CC uruguayo). Quedará como hijo extramatrimonial de la madre, pues fue concebido cuando el vínculo matrimonial ya estaba disuelto por haber fallecido el marido generante, y por consiguiente, su filiación paterna no resultará de la inscripción en el Registro del Estado Civil (artículo 254 del CC argentino). Además, no heredará *ab intestato* al padre porque a la fecha de su fallecimiento no estaba concebido (artículo 3290 del CC argentino, y artículo 835, inciso 1, y 1012 del CC

¹⁶ Vaz Ferreyra, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, 2a. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, t. III, núm. 302.

¹⁷ Así lo sostenemos en nuestro trabajo: *Procreación asistida. Panorama jurídico*, cit., nota 21, núm. 115, compartiendo una sólida y difundida concepción doctrinaria, la de los bienes y derechos de la personalidad y del deber general de respeto a la persona, con su propio léxico y técnica jurídica, que excluye la utilización en el campo del derecho de las persona de expresiones y categorías jurídicas propias del ámbito del derecho patrimonial. En este sentido: Santosuosso, Fernando, *La fecondazione artificiale umana*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 101 y 102; Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 48-51; Labbe, Xavier, *Condition juridique du corps humaine, avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1990, pp. 339 y ss; Cornu, Gérard, *Droit civil. La famille*, 7a. ed., Paris, Montchrestien, 2001, núm. 300 (“fuerzas genéticas” denomina este autor a los gametos); Malaurie, Philippe, *Droit civil. La famille*, 4a. ed., Paris, Cujas, 1993/94, núm. 458; Medina, Graciela, “Genética y derecho”, *J. A.*, 1989-IV-840, núm. II; Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. I, núm. 337.

uruguayo),¹⁸ no pudiendo conmovier esta conclusión la eventual autorización escrita que hubiese podido dejar el marido. Y por el mismo motivo tampoco podrá ser beneficiario de una disposición testamentaria de su progenitor (artículo 3733 del CC argentino, y artículos 834, 835 inciso 1 y 1012 del CC uruguayo).

Lo mismo ocurre si la fecundación se produce en el ámbito de una unión de hecho, después de la muerte del compañero que dejó el semen. El hijo siempre quedará como extramatrimonial de la madre, y el reconocimiento anticipado del hijo que por testamento pueda haber hecho el hombre de quien proviene el semen carece de eficacia porque en nuestro sistema legal el reconocimiento debe referirse a un hijo ya concebido (artículos 63, 248 y 250 del CC argentino; artículos 233 y 236 del CC uruguayo).

En estos supuestos, en que el hijo queda sin filiación paterna, entendemos que por el principio de la verdad biológica y del derecho a la identidad, podría intentar la acción de reclamación *post mortem* de la filiación contra los sucesores del sujeto que antes de fallecer proveyó el semen para la fecundación, en razón del vínculo genético que lo une al mismo.¹⁹

Ahora bien, aún cuando como consecuencia de dicha acción judicial se establezca la relación filiatoria, tampoco el hijo podrá adquirir capacidad para heredar porque no podrá eludir el hecho de que no estaba concebido al tiempo de la apertura de la sucesión, y esta condición básica para suceder rige, como dijimos, tanto en la sucesión intestada, como también en la sucesión testamentaria, siendo similar el régimen legal uruguayo.

Una excepción a esta regla la constituye en el derecho argentino el fideicomiso testamentario: conforme a la legislación vigente, el testador fideicomitente puede designar beneficiario del fideicomiso a una persona física que puede o no existir a la fecha en que adquiera eficacia el testamento, o sea, a

¹⁸ Méndez Costa, María J., *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, t. III, p. 68; Bossert, Gustavo, "Fecundación asistida", *J. A.* 1988-IV-871, núm. V; Iñigo De Quidiello-Levy-Wagmaister, voz "Reproducción humana asistida", *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Universidad, t. III, núm. VII-2o., 1994; Loyarte-Rotonda, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, cit., p. 336; Messina De Estrella Gutiérrez, Graciela, *Bioderecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 68; Sambrizzi, Eduardo A., *La procreación asistida...*, cit., nota 21, núm. 49-a); Lledo Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 197 y 198; nuestro trabajo: *Procreación asistida. Panorama jurídico*, cit., núm. 165.

¹⁹ Méndez Costa, María J., *Derecho de familia*, cit., t. III, p. 68; Sambrizzi, Eduardo A., *Procreación asistida...*, cit., nota 4, núm. 49-b); Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, *Bioderecho*, cit., p. 68.

la fecha de apertura de la sucesión. Significa que en este caso podría designar beneficiario a un hijo que va a nacer en el futuro (artículo 2o. de la Ley argentina 24.441).²⁰ La reciente Ley uruguaya de Fideicomiso núm. 17.703/03 mantuvo expresamente en este aspecto los principios del derecho sucesorio, o sea, que la eficacia de la cláusula testamentaria dependerá de que el beneficiario necesariamente exista a la fecha del fallecimiento del testador, lo cual es más coherente, pues el beneficiario de un fideicomiso testamentario es un sucesor *mortis causa* del testador, un legatario de frutos o de prestaciones periódicas, que se rige por las normas del derecho sucesorio.

VII. PROYECTOS DE LEY

En Argentina, en los últimos doce años, se han presentado más de veinte proyectos de ley para regular la aplicación de las técnicas de procreación asistida, y a excepción de uno solo (diputado Ricardo Felgueras, Trámite Parlamentario núm. 149, 1995), todos han prohibido la práctica *post mortem*, e incluso han propuesto sanciones penales. El único proyecto que logró la media sanción de la Cámara de Senadores en 1997 optó por la solución prohibitiva predominante, pero luego perdió estado parlamentario.

En 1999 se presentó al Congreso un Proyecto de Código Civil, destinado a sustituir al Código de Vélez Sársfield, elaborado por una Comisión designada por el Poder Ejecutivo. En esta materia el Proyecto adopta una solución singular: su artículo 2229 enumera entre las personas que pueden suceder al causante, no sólo a las personas humanas ya concebidas al momento de la muerte del autor de la sucesión y que nazcan con vida, sino también “a las que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos criopreservados del causante o de un embrión formado con gametos de aquél, sean estas prácticas lícitas o ilícitas. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión hereditaria con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante”. En la exposición de motivos se aclara que esta solución no significa sustentar la licitud del procedimiento, sino atender a la realidad de un hecho sucedido, así sea al margen de la ley prohibitiva (núm. 296).

²⁰ Nuestro trabajo: *Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 142 y 143.

Se adoptó, en relación a la utilización por la mujer del semen congelado de su marido o compañero fallecido, una solución rechazada por la doctrina jurídica ampliamente predominante en la Argentina,²¹ por la misma Confederación de Colegios Médicos de la República Argentina (Comisión de Bioética, informe de agosto de 1997), así como por la Academia Nacional de Medicina (declaración de septiembre de 1995), y por la casi totalidad de los proyectos de ley presentados al Congreso, incluso por el anteproyecto de ley propuesto por la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad (1996).

Para el Proyecto de 1999 no importa si esta práctica *post mortem* en el futuro es declarada ilícita. Lo mismo debe producir efectos jurídicos en cuanto a la filiación y a los derechos sucesorios del nacido. Se propone consagrar una solución inversa a la de la ley inglesa, que autoriza la práctica de esta técnica, pero la priva de todo efecto jurídico a fin de desalentar su empleo. Para el Proyecto, por el contrario, la eventual prohibición de la técnica no debe tener consecuencia jurídica alguna: si la técnica se utiliza,

²¹ Terceras Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones, Morón, 1993, Comisión 3, recomendación núm. 3; Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1994, Comisión núm. 2, conclusión 8va. Además, en la doctrina argentina, los siguientes autores se han pronunciado en contra de la aplicación de dicha técnica: Andorno, Luis O., *El derecho frente a los modernos métodos de procreación*, Zeus, t. 38-D, p. 50, núm. 1; Cafferata, José I., *Las nuevas técnicas de reproducción humana*, E. D., 130-729, núm. 15; Bossert, Gustavo, “Fecundación asistida”, *J. A.*, 1988-IV-871, núm. V; Loyarte-Rotonda, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, cit., p. 335 y 389; Zannoni, Eduardo, *Derecho de familia*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, t. 2, núm. 1060, a), 1989; Iñigo-Levy-Wagmaister, “Reproducción humana asistida”, *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Universidad, 1994, t. III, p. 559; Mazingui, Jorge A., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Abaco, 1999, t. 4, parágs. 709 y ss; *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, t. III, p. 68; Freijo-López Taiana-Musotto, “Responsabilidad de los profesionales de la medicina por la fecundación *post mortem*”, *J. A.* 1993-II-870; Velazco, José R., “Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial”, *J. A.*, 1989-II-947/948; Arias de Ronchietto, “Procreación humana asistida”, en la obra colectiva Andorno-Ronchietto-Chiesa-Martínez, *El derecho frente a la procreación artificial*, Buenos Aires, Abaco, 1997, pp. 67 y ss, y 99; Sambrizzi, Eduardo A., *Procreación asistida...*, cit., núm. 48; nuestros trabajos: *Procreación asistida. Panorama jurídico*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1995, núm. 159; “Identidad y fecundación asistida”, *Libro de Ponencias del Congreso Internacional “La persona y el derecho en el fin de siglo”*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, pp. 204 y 205, y “Regulación legal de la reproducción humana asistida” (proyecto sancionado por el Senado de la Nación), *Jurisprudencia Santafesina*, 1999, núms. 36/37, pp. 83 y ss.

el hijo nacido de la misma tendrá vínculo de filiación con el hombre cuyo semen fue utilizado después de su muerte, y además, lo heredará.²²

Precisamente lo opuesto recomendó, con fundadas razones, el XXI Congreso Internacional del Notariado Latino (Berlín, 1995): aun cuando la ley nacional admitiera que puede establecerse un vínculo de filiación patertera respecto al niño nacido de una inseminación artificial *post mortem*, no debería tener vocación hereditaria *ab intestato* en la sucesión del causante (tema III, recomendación XI), o sea, confirma la solución de la ley británica y de numerosas regulaciones legales europeas (Francia, Alemania, Austria, Suiza, Dinamarca, Noruega, Suecia, etcétera), pues de no adoptarse esta solución, el legislador estaría favoreciendo el desarrollo y la difusión de esta técnica dañina.²³

Por ello, y por las razones que daremos a continuación,²⁴ entendemos que la solución del Proyecto es desacertada, pues, en síntesis, como lo sostuvo analizando esta propuesta uno de los más lúcidos y talentosos civilistas argentinos, Guillermo A. Borda, “al conferirle derechos sucesorios al nuevo ser, se estimula la práctica de un procedimiento que, por hipótesis, es ilícito. Y se alienta la posibilidad de dar vida a un ser destinado

²² Es el criterio de algunos autores europeos: Ferrando, Gilda, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, Cedam, 1999, pp. 319 y ss: la modalidad de la concepción, sostiene, como las circunstancias del nacimiento de cada uno, no deben influir sobre la consideración de la persona ni deben determinar su condición jurídica y estado de familia, en virtud del principio de igualdad y de no discriminación, considerándose que de tal modo se protege el interés del niño. En la misma línea se había manifestado, por mayoría, la Comisión núm. 3, en las *Terceras Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones*, Morón, 1993, *J. A.* 1994-I-912.

²³ Ferrer-Natale, “Algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998 en materia de sucesiones”, en la obra Brebbia, Roberto H. (dir.), *Estudios sobre el proyecto de Código unificado de 1998*, Buenos Aires, Zavallia, 2001, pp. 370-372. También se pronunció en contra de atribuirle al hijo concebido por la viuda derechos hereditarios en la sucesión del marido prefallecido, aun cuando se determine su paternidad; Zannoni, Eduardo, *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. Derecho de daños*, homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, La Rocca, 1989, p. 625.

²⁴ Que en parte ya expusimos en nuestro trabajo realizado conjuntamente con el profesor de la Universidad Nacional de Rosario, Roberto M. Natale, para fundar nuestro rechazo a la solución del Proyecto: “Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de sucesiones”, en Brebbia, Roberto H. (dir.), *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*, *cit.*, pp. 369 y ss. En el mismo sentido: Sambrizzi, Eduardo A., *La procreación asistida...*, *cit.*, núm. 12-e).

inexorablemente a no tener padre en la vida real aunque lo tenga genéticamente”.²⁵

En Uruguay se ha planteado una situación similar a la de nuestro país en estas cuestiones. Desde hace más de diez años se han presentado proyectos tendientes a regular las técnicas de procreación asistida. Ya en el proyecto que ingresó en 1991 al Senado, proponiendo incorporar nuevas normas al Código Civil en materia de filiación, se disponía que las técnicas estaban reservadas a los matrimonios, descartando la fecundación *post mortem*. El Proyecto del senador Alberto Cid de 1996 dispone en su artículo 6o. menciona que en ningún caso podrá practicarse la inseminación con semen del marido o concubino fallecido, y en su artículo 10 establece que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer a la fecha del fallecimiento del marido. La solución prohibitiva del Proyecto provocó opiniones encontradas entre los juristas que fueron consultados por los legisladores: algunos rechazaron el criterio restrictivo del proyecto en función del principio de igualdad entre los hijos y la no discriminación, por un lado (Eduardo Vaz Ferreyra,²⁶ Mabel Rivero de Arhancet), y otros lo apoyaron por el daño emocional o psicológico que puede producirle al hijo conocer su origen, es decir, que fue concebido cuando su padre ya había fallecido con anterioridad, y también por la incertidumbre e inseguridad jurídica que provoca en los derechos sucesorios (María Inés Varela de Motta). Hasta la fecha, no se ha logrado la sanción del proyecto.²⁷

²⁵ Borda, Guillermo A., *Observaciones al Proyecto de Código Civil*, E. D. 182-1671. Comparte esta crítica: Arias de Ronchietto, Catalina E., “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en Borda, Guillermo A. (dir.), *La persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 57.

²⁶ Ha desarrollado sus ideas en su obra *Tratado de las sucesiones*, 2a. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, t. IV, pp. 135 y ss.

²⁷ “Proyecto de ley con exposición de motivos del senador Alberto Cid”, *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, Montevideo, núm. 13, 1998, pp. 133 y ss.

VIII. RAZONES QUE DETERMINAN EL RECHAZO DE LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM*

La opinión contraria a la legalización de la fecundación *post mortem* se funda en principios éticos y jurídicos incommovibles:

1. *El derecho al hijo y los derechos y el interés del hijo. El ser humano como fin en sí mismo y sujeto de derechos*

Para rechazar esta técnica también es válido invocar el interés y los derechos del niño que se quiere crear. Frente a la libertad y autonomía de la mujer para decidir su maternidad en un momento posterior a la muerte de su esposo o compañero, se encuentra también el interés del hijo en llegar al mundo en condiciones apropiadas y favorables para la formación y desarrollo equilibrado de su personalidad. Por ello, si se dice que la mujer tiene derecho a tener un hijo, también puede afirmarse legítimamente que el hijo tiene derecho a tener un padre y una madre,²⁸ y es de orden jerárquico superior el derecho del niño a que no se lo prive arbitrariamente de tener un padre.²⁹ Precisamente, es una exigencia del derecho establecer las jerarquías de intereses, ejerciendo el arte de decidir entre posiciones antagónicas.³⁰ De ahí que el deseo de la mujer a ser madre no puede jurídicamente prevalecer sobre el derecho del propio hijo a tener un padre. En rigor técnico, ni la mujer ni el hombre tienen un verdadero y propio derecho a tener descendencia, ni positivo ni natural, porque de lo contrario el hijo se convertiría en un objeto de propiedad.³¹ Constituiría, en realidad, una perversión de la

²⁸ Herrera Campos, Ramón, *La inseminación artificial*, Granada, Universidad de Granada, 1991, p. 40.

²⁹ Hernández Ibáñez, Carmen, “Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida”, *Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*, Madrid, Eudema, 1992, p. 47.

³⁰ Labrusse-Riou, Catherine, sus conclusiones en “Actes du colloque Paris, 4 de mayo de 2000, Ministère de la Justice: Quel droit, pour quelles familles?”, *La documentation française*, París, 2001, p. 82.

³¹ Meulders-Klein, Marie T., *La personne, la famille, le droit*, cit., nota 1, p. 310-313; Baudouin-Labrusse Riou, *Produir l’homme, de quel droit?*, cit., pp. 147 y ss; Feuillet-Le Mintier, Brigitte, “Le droit des couples stériles à l’obtention d’un enfant”, en *Les filiations par greffe*, Université de Lille II, París, LGDJ, 1997, pp. 72 y ss; Andorno, Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l’épreuve des procréations artificielles*, París, LGDJ, 1996, núms. 155-159; Letteron, Roseline, *Le droit de la pro-*

noción de derecho subjetivo.³² Pero aún en el supuesto de que se admitiera la existencia del pretendido derecho de tener un hijo, nunca se podrá concebir de modo absoluto, pues ética y jurídicamente, siempre estará limitado por el interés y los derechos de la persona por nacer.³³

La mujer es dueña de su capacidad reproductiva, ciertamente, pero no es dueña del fruto de la reproducción, porque se trata también de un ser humano, de un sujeto de derechos y no de un objeto susceptible de apropiación. El deseo de tener un hijo no otorga un derecho absoluto que tenga por objeto a ese hijo. El hijo es el fin primordial del acto procreativo que hay que tener en cuenta y no tan sólo la satisfacción de la ansiedad de una mujer. El hijo puede ser objeto de un deseo, pero jamás puede devenir en objeto de un derecho, incluso, el contenido de una prestación. El voluntarismo procreativo, no obstante, confiere prioridad a las ansias de maternidad de una mujer, convierte su anhelo por tener descendencia en un singular derecho subjetivo y relega al olvido el niño que vendrá, su interés, su seguridad, su derecho a tener un padre.

Esta concepción voluntarista prescinde de considerar que la persona humana, cualquiera que sea el modo por el que viene concebida, por el principio de respeto a su dignidad, nunca puede ser considerada como medio pa-

création, París, PUF, 1997, p. 95; Mazzingui, Jorge A., *Derecho de familia, cit.*, t. 4, párag. 709; Gafo, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1986, p. 54; Vila-Coro, María D., *Introducción a la biojurídica*, Madrid, Universidad Complutense, 1995, pp. 224 y 225; Hernández Ibáñez, Carmen, “Consecuencias jurídicas en torno a la procreación asistida”, *Biotechnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*, Madrid, Eudema, 1992, p. 47; Lledo Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 105; Bustos Pueche, José E., *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 95 y 96; Bustamante Alsina, Jorge H., “Bioética y responsabilidad”, en la obra dirigida por Alterini-López Cabana, *La responsabilidad* (homenaje al doctor Isidoro Goldenberg), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 42; nuestros trabajos: *Procreación asistida. Panorama jurídico, cit.*, nota 21, pp. 21-23; e “Identidad y fecundación asistida”, *Libro de Ponencias del Congreso Internacional “La persona y el derecho en el fin de siglo”*, cit., p. 203; etcétera.

³² Raynaud, Paul, *L'enfant peut-il être objet de droit?*, Dalloz, Chronique, 1988, p. 109; Hauser-Huet Weiller, “La famille”, *Traité de droit civil*, bajo la dirección de J. Ghestin, París, LGDJ, 1989, p. 216.

³³ Chiapero de Bas-Tagle-Bergoglio, “Las nuevas técnicas de procreación asistida y el daño a la persona”, *J. A.*, 1993-II-893; Medina, Graciela, “¿Existe un derecho subjetivo a la procreación?”, *J. A.*, 1996-III-789; Galli Fiant, María M., “Procreación asistida: un marco para el análisis jurídico”, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, Buenos Aires, núm. 3, 1997, p. 108.

ra el logro de un fin, aunque éste sea apreciable, como la satisfacción del deseo de tener un hijo. Al ser el hijo un ser humano, un fin y un valor en sí mismo, no puede ser instrumentalizado, convertido en el objeto de un derecho para la satisfacción de la necesidad afectiva o de los deseos de otra persona,³⁴ lo cual es contrario a toda la filosofía de los derechos humanos.

2. *Privación del derecho a tener un padre*

Con esta técnica *post mortem* se lo priva al hijo desde antes de su concepción de la posibilidad de tener un padre. Una cosa es no tener un padre por los avatares imprevisibles de la vida y de la naturaleza, por imposición inexorable del propio destino, que sin ninguna meditación humana dispone la orfandad del *nasciturus* y otra distinta, es proyectar la concepción de un ser humano desprovisto anticipada e intencionalmente de un derecho fundamental, como es el derecho a tener un padre. Lo tendrá genéticamente, pero no en la vida real. Esto resulta injusto y eventualmente perjudicial para el hijo. No se diga que el no concebido no existe y por lo tanto no es sujeto de derechos, por lo que no puede alegarse su derecho a tener un padre y una madre,³⁵ porque aquí de lo que se trata es que no se lo prive, desde antes de su concepción, de la posibilidad de tener un padre. No se trata de impedir que nazca un hijo, sino impedir que intencionalmente se lo haga nacer mal, sufriendo de antemano la amputación de un derecho fundamental de la persona humana (artículos 7o. y 8o. de la Convención de Derechos del Niño; artículo 75 inciso 22, Constitución nacional). Del mismo modo, tampoco es lícito crear embriones privados del derecho a la vida para destinarlos sólo a la experimentación y posterior destrucción, argumentando que como no estaban concebidos, no han tenido derecho a la vida porque no eran sujetos de derechos.

³⁴ Vila Coro, María D., *Introducción a la biojurídica*, cit., p. 265; Varaut, Jean M., *Lo posible y lo prohibido*, trad. de Rosa Corgatelli, Buenos Aires, Atlántida, 1989, pp. 23-25; Meulders-Klein, M. T., *La personne, la famille, le droit*, cit., nota 1, p. 326; Lledo Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, cit., nota 18, p. 192 y 193; Porras del Corral, Manuel, *Biotecnología, derecho y derechos humanos*, cit., pp. 113-115; Vidal, Marciano, *Bioética*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 90 y 91.

³⁵ Carcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, cit., pp. 133 y 134; Vaz Ferreyra, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. IV, pp. 153 y 154.

3. *Procreación responsable*

Si bien no existe en propiedad un derecho a la procreación, sí es posible reconocer que existe un derecho a las condiciones que hagan posible el ejercicio responsable de la procreación, para que constituya un proceso humano y humanizador.³⁶ Y aún aceptando la existencia de tal pretendido derecho, se ha afirmado que “desde la perspectiva bioética, el derecho a la procreación se encuadra en el de una procreación responsable, en el contexto de una ética de la responsabilidad, y con una apelación a la libertad de conciencia de las personas directamente involucradas, en orden a lo que también se ha denominado el ‘respeto a las condiciones humanas de la procreación’, conforme a las cuales, en determinadas circunstancias, el derecho de tener un hijo se transforma en un deber de no tenerlos”.³⁷ De donde se deduce que “el respeto a las condiciones humanas de la procreación” se encuentra ausente en el caso de la fecundación *post mortem*, de ahí su rechazo desde la óptica de la bioética.

4. *La motivación de la paternidad post mortem es contraria al interés del hijo*

La fecundación *post mortem* es una de las manifestaciones del derecho absoluto a tener un hijo, con prescindencia de los derechos de éste, y por eso, esta técnica se valora negativamente desde la perspectiva ética. La responsabilidad paterna por la crianza y educación del hijo está ausente; el ejercicio de la paternidad se abandona anticipadamente y se delega a la madre. El deseo de perpetuarse del hombre que va a morir, prevalece en estos casos sobre el derecho del hijo a tener un padre. El tribunal de Toulouse, al rechazar la demanda de una viuda reclamando la entrega del semen del marido fallecido, cuyo criterio consagró el legislador francés de 1994 prohibiendo la fecundación *post mortem*, afirmó que el deseo legítimo de tener

³⁶ Vidal, Marciano, *Bioética, cit.*, pp. 86 y 87; Levy-Wagmaister, “Técnicas de reproducción humana asistida. Aspectos éticos”, *Bioética, sociedad y derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Doctor A. Gioja”, UBA, 1995, p. 122.

³⁷ Doctor Pedro Hoofit, en sentencia dictada en fecha 23 de agosto de 1996 como juez a cargo del Juzgado Criminal y Correccional núm. 3 de Mar del Plata, D. J. 1997-2-686, y LLBA 1997-660 con nota de Roberto Andorno.

descendencia no es un derecho absoluto del ser humano que justifique la obstinación procreativa y la indiferencia por el niño que va a nacer.³⁸

El hecho de que un muerto pueda dar la vida, querer la paternidad para un tiempo posterior a la propia muerte, resulta contrario a la naturaleza, al interés del hijo y a toda verdad. Pareciera que esta técnica quisiera lograr una “empresa de inmortalidad”.³⁹ Frente a esta pretensión se ha observado que es preciso conservar la idea natural de que el hombre es mortal y de que un cadáver no puede ser padre. Pretender lo contrario es violar la ley de finitud del hombre, lo que no es ético.⁴⁰

Además, tal motivación de paternidad *post mortem* es una expresión de profundo egoísmo por su indiferencia en relación al niño por nacer, fruto de una manipulación genética.⁴¹ En definitiva: se crea intencionalmente un huérfano sólo para satisfacer un deseo egoísta, sea de la mujer, para revivir la imagen del marido o compañero desaparecido; sea del *de cuius*, que ha querido immortalizarse.⁴²

Por todo ello, el derecho no puede convalidar una voluntad procreacional que pretende tener eficacia en un tiempo posterior al fallecimiento de quien la ha manifestado. Ni aún cuando haya mediado el consentimiento del hombre de quien se extrae el semen siendo ya cadáver.

5. Desviación de la finalidad terapéutica de las técnicas

Resulta claro, además, que la técnica no se aplica en estos casos por razones terapéuticas, sino con otra finalidad desviada del objetivo propio del acto médico de asistencia a la procreación, la cual es remediar la infertilidad comprobada de algunos de los miembros de la pareja o ciertas patologías o disfunciones que impiden realizar la procreación en natural, o bien,

³⁸ Tribunal de Grande Instance, Toulouse, 26 de marzo de 1991, Dalloz, 1992, num. 61.

³⁹ Se exterioriza, dice Zannoni, “una fantasía de inmortalidad genética” (*Derecho de familia, cit.*, t. 2, núm. 1060-a), texto y nota 42. El Tribunal de Toulouse argumentó que esa “empresa de inmortalidad es contraria al orden público” (fallo del 11 de mayo de 1993, J.C.P., 1995-II-núm. 22.472); Carbonnier, Jean, “La famille, l’enfant, le couple”, *Droit civil*, 21a. ed., París, PUF, 2002, t. 2, p. 240.

⁴⁰ Labbe, Xavier, *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort, cit.*, pp. 402-404.

⁴¹ Malaurie, Philippe, *Droit civil. La famille, cit.*, núm. 459; Cornu, Gérard, *Droit civil. La famille*, núm. 300; Santosuosso, Fernando, *La fecondazione artificiale umana, cit.*, pp. 100 y 101.

⁴² Badouin-Labrusse Riou, *Produire l’homme, de quel droit?, cit.*, pp. 35-38.

evitar la transmisión de graves enfermedades hereditarias. Este es el motivo que justifica la aplicación de las técnicas procreativas y que estaría ausente en el caso de la fecundación *post mortem*. La ausencia de finalidad terapéutica descalifica, por consiguiente, la aplicación de esta técnica, porque sólo se emplea para satisfacer el deseo de una de las partes interesadas, desconociendo y afectando el interés y los derechos de la otra parte, que es el hijo que se va a crear.⁴³

6. *El Estado tiene la responsabilidad de asegurar que el hijo nacido de las técnicas de procreación asistida goce de las condiciones óptimas para la formación y desarrollo de su personalidad*

La creación de un hijo huérfano proyectada deliberadamente con anticipación a su concepción, con gametos de un hombre ya fallecido, sólo es posible con el auxilio técnico de los profesionales biomédicos, por lo cual el acto procreativo ya no se realiza en el ámbito de la intimidad privada y familiar, sino que adquiere el carácter de un acto social y compromete la responsabilidad del Estado porque está en juego un niño, y el Estado tiene el deber constitucional de asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, reconociéndole el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado y criado por ellos, preservando su identidad y relaciones familiares (Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 3o., 4o., 6o., 7o., 8o., 18, 19, 20, 21 y concordantes; artículo 75 inciso 22 Constitución nacional). Cada hijo tiene derecho a sus dos progenitores, padre y madre, a ser protegido y rodeado por ellos.⁴⁴ El carácter social del acto médico y la responsabilidad constitucional del Estado justifican que el legislador deba cumplir la función de fijar las condiciones de la procreación médicamente asistida y definir el modelo familiar con la doble figura paterna y materna, a la cual se

⁴³ Cafferata, José I., *Las nuevas técnicas de reproducción humana*, E. D. 130-729, núm. 19; Hauser-Huet Weiller, "La famille", *Traité de droit civil*, bajo la dirección de J. Ghestin, *cit.*, núm. 454; Lledo Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, *cit.*, pp. 192 y 193; Romeo Casabona, Carlos M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, *cit.*, pp. 216 y 217.

⁴⁴ Así se declaró en el Coloquio organizado por el Ministerio de Justicia francés sobre modernización del derecho de familia y sucesiones (Elisabeth Guigou, Ministre de la Justice, e Irène Théry, en Colloque du 4 de mai de 2000, Paris, *Ministère de la Justice: Quel droit, pour quelles familles?*, *cit.*, pp. 13 y 177.

debe ajustar la técnica biomédica⁴⁵ porque ese es el modelo más idóneo para garantizar el bienestar del niño y su derecho a conocer a sus padres y a ser criado por ellos, asegurando así, la formación equilibrada de su personalidad,⁴⁶ la consolidación de su identidad y su adecuada socialización,⁴⁷ prohibiendo los procedimientos biomédicos que no se ajusten al mismo y sean contrarios al interés superior del niño.

7. Problemas sucesorios

El rechazo de la fecundación *post mortem* también se funda en argumentos de carácter utilitarista, en virtud de los cuales se privó de efectos jurídicos a la técnica *post mortem* en la ley británica, y que son también esgrimidos por los legisladores europeos continentales que prohibieron la técnica y por la mayoría de la doctrina jurídica. Toda sucesión liquidada y adjudicada podría ser cuestionada y replanteada. Se refuta esta observa-

⁴⁵ Feuillet-Le Mintier, Brigitte, “Le droit des couples stériles à l’obtention d’un enfant”, *L’adoption par greffe, cit.*, p. 74; Meulders-Klein, M. T., *La personne, la famille, le droit, cit.*, p. 306; Andorno, Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses, cit.*, núm. 158; Romeo Casabona, Carlos M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, cit.*, pp. 231 y 237; Hooft, Pedro F., *Bioética y derechos humanos, cit.*, pp. 38 y 39.

⁴⁶ La familia monoparental es considerada como una solución de “segunda selección” que en lo posible debe evitarse, respecto de aquella con dos figuras parentales de sexo diverso: Lenti, Leonardo, *La procreacione artificiale. Genoma de la persona e attribuzione de la paternità*, Padova, Cedam, 1993, pp. 274 y 275, y nota 70. Los autores coinciden en que la solución óptima para el niño es nacer y desarrollarse en un ambiente familiar integrado por el padre y la madre, participando ambos de su asistencia y educación, por lo que propician prohibir la aplicación de las técnicas en mujeres solas: Santosuoso, Fernando, *La fecondazione artificiale umana, cit.*, pp. 97 y 98, texto y nota; *XI Congrès International de Psychiatrie de l’Enfant et de l’Adolescent*, París, 1986; Iñigo, Delia, “Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas”, *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, núm. 2, 1989, pp. 53 y ss; Zarraluqui, Luis, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 152-154; Loyarte-Rotonda, *Procreación humana artificial, cit.*, pp. 316 y 317, 388 y 389; Porras del Corral, Manuel, *Bioteología, derecho y derechos humanos, cit.*, pp. 112-115; etcétera. Aunque hay voces que defienden la alternativa de la maternidad en solitario, como por ejemplo: Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 71 y ss.

⁴⁷ Rallo Romero, José, “La familia como ámbito del desarrollo normal y patológico del individuo”, *Bioteología y futuro del hombre: la respuesta bioética*, Madrid, Eudema, 1992, pp. 59 y ss.

ción diciendo que lo mismo ocurre con la aparición de hijos extramatrimoniales del causante. Pero lo exacto es que aquí se establece intencionalmente una situación de incertidumbre, pues con la autorización legal del uso de esta técnica se crea una nueva fuente de la vocación sucesoria: además de la ley y la voluntad del testador, se agrega la de su viuda o compañera supérstite, a cuyo exclusivo arbitrio queda librada la creación de nuevos herederos. El hombre fallecido que hubiese almacenado sus células germinales en un banco de semen, provocará la posibilidad de que después de su fallecimiento se generen herederos, cuya aparición dependería de la voluntad de su viuda o compañera supérstite, legitimada para crear un nuevo heredero en detrimento de los ya existentes a la fecha de apertura de la sucesión, lo que constituye una fuente de conflictos, pues a no dudarlo, los herederos originarios quedarán librados a la discrecional voluntad de la mujer supérstite que engendraría el hijo seguramente con la intención de desplazarlos o concurrir con ellos, ejerciendo la administración y el usufructo de los bienes sucesorios en representación de su hijo así concebido.⁴⁸ El nacimiento del hijo mediante fecundación *post mortem* ocasionará la modificación de la transmisión hereditaria con efecto retroactivo al momento de la muerte del progenitor. Fácil es imaginar todos los problemas patrimoniales y jurídicos que puede provocar esta situación entre los herederos y con relación a terceros, como la incertidumbre e inseguridad de los derechos hereditarios.⁴⁹

Para evitar el problema de que en cualquier tiempo posterior a la apertura de la sucesión puedan aparecer eventuales e inesperados herederos, a lo mejor transcurridos varios años desde el fallecimiento del causante (ver nota 5), debido a la voluntad discrecional de la mujer, la ley española establece el plazo de seis meses desde la apertura de la sucesión para que se haga inseminar (nueve meses en la ley de filiación catalana), criterio que es seguido por el proyecto argentino de Código Civil de 1998. Esta norma, por lo tanto, intenta impedir que la mujer tenga más de un hijo con este tipo de fecundación a fin de no dejar a su arbitrio la creación de nuevos herederos, por la necesidad de otorgar certeza a los derechos sucesorios. La ley catalana de 1991 precisa más la cuestión limitando a un solo embarazo con este tipo de fecundación (artículo 9o.). Pero este plazo es arbitrario y plan-

⁴⁸ Cornu, G., *Droit civil. La famille, cit.*, núm. 300.

⁴⁹ Borda, Guillermo A., *Observaciones al proyecto de nuevo Código Civil*, E. D. 182-1671; Lledo Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho, cit.*, pp. 203 y ss.

tea esta delicada cuestión: si la mujer se hace fecundar dentro del mismo, quedará establecida la filiación paterna con todos sus efectos; si queda embarazada después de vencido el mismo, el hijo será extramatrimonial de la mujer, sin vínculo de filiación ni derecho hereditario respecto de su padre biológico prefallecido. Quiere decir que el estado de familia del hijo, la determinación de su filiación paterna y sus derechos sucesorios, dependerán exclusivamente de la voluntad de la mujer, según quiera o pueda hacerse inseminar dentro del plazo en que la ley se lo permite, pues si lo hace vencido el mismo, el hijo no tendrá filiación paterna ni derechos sucesorios, independientemente de que la realidad biológica sea la misma en ambos casos. Se plantearía así una situación discriminatoria, violatoria del principio de igualdad ante la ley y de la libre investigación de la paternidad, en virtud de que se impide la determinación de la filiación por el sólo hecho de haber sido concebido el hijo *post mortem* después de vencido el plazo fijado por la ley.

IX. EL CONCEBIDO CON SEMEN QUE SE EXTRAJO DE UN HOMBRE FALLECIDO

En octubre de 1999, en nuestro país, en Buenos Aires, un ciudadano español que se encontraba de luna miel con su joven esposa, falleció inesperadamente. La desesperada viuda pidió y obtuvo autorización judicial para extraer semen de los testículos del cadáver, y un médico especialista en fecundación asistida accedió a llevar adelante la intervención (inyección intracitoplasmática). El hecho generó una encendida polémica que registraron los periódicos (mereció el caso un editorial crítico del diario *La Nación*, 10 de noviembre de 1999).

Poco tiempo antes se tuvo noticia de otro caso similar ocurrido en Los Angeles, EEUU: el marido falleció en 1995 a raíz de una reacción alérgica, sin dejar ninguna autorización escrita para la utilización de su semen; sin embargo, la esposa logró que un especialista extrajera los espermatozoides del cadáver y que se congelaran, haciéndose inseminar exitosamente cinco años después, lo que fue posible porque sobre esta cuestión no existe marco legal alguno en California (*Corriere della Sera*, Milán, del 16 de julio de 1998, y diario *Clarín*, Buenos Aires, del 26 de marzo de 1999).

Otro episodio emblemático, el caso Blood, se dio en Gran Bretaña: una joven pareja después de varios años de matrimonio decide tener un hijo; al

poco tiempo el marido debe ser hospitalizado de urgencia con diagnóstico de meningitis que resultó fatal; encontrándose en estado de coma profundo, la esposa obtiene que un médico proceda a extraerle semen, que fue congelado. Posteriormente al fallecimiento del marido, ella reclama el semen para inseminarse, pero el cuerpo médico se opone pues la reglamentación británica exige el consentimiento escrito del marido fallecido. Los jueces confirman el rechazo a la inseminación *post mortem*, pero la Corte de Apelación en febrero de 1997 resolvió que la señora Blood podía llevarse el semen y efectuarse el tratamiento en otro país, donde no estuviese prohibida la técnica (la viuda fue a Bélgica donde no hay regulación legal), con el fundamento de que la inseminación se trataba de un “servicio” y con arreglo al artículo 60 del Tratado de la Comunidad Europea correspondía que la viuda se beneficiase de la regla de la libre prestación de servicios en el ámbito comunitario. La usuaria de la técnica fue tratada como una “consumidora”, el esperma del marido fallecido como una “cosa” que se debía exportar, un accesorio indispensable para la prestación del servicio. Con este práctico criterio británico, la lógica del mercado viene a dominar la esfera esencialmente personal de la reproducción humana y del derecho de las personas, comprendiendo los derechos del hijo, lo que revela la diferencia de concepciones entre Gran Bretaña y el resto de Europa en materia de procreación y de dignidad del hombre en general.⁵⁰

Estas prácticas macabras sobre cadáveres son unánimemente rechazadas por la generalidad de los autores, incluso por aquellos que admiten la fecundación *post mortem*,⁵¹ por los graves reproches éticos que merecen y por los cuales deben ser prohibidas y sancionadas por las siguientes razones:

- 1) Porque no hay ni siquiera autorización del marido para que se proceda de ese modo con su cuerpo; se prescinde de su voluntad

⁵⁰ Véase los comentarios críticos a este caso en Flauss-Diem, Jacqueline, “Insémination *post mortem*, droit anglais et droit communautaire”, en Liber Amicorum Marie T., Meulders Klein, *Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 217 y ss.; y en Meulders Klein, M.T., *La personne, la famille, le droit, cit.*, nota 1, pp. 322 y ss.

⁵¹ D’Addino Serravalle, Paola, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 50-52; Grassi, Silverio, *I nascituri concepiti e i concepiti artificiali*, G. Giappicheli, Turín, 1995, núm. 63; Lenti, Leonardo, *La procreazione artificiale. Genoma de la persona e attribuzione della paternità, cit.*, pp. 276-279; Santosuosso, Fernando, *La fecondazione artificiale umana, cit.*, pp. 101 y 102; etcétera.

procreacional, sin advertir que no se puede generar vida prescindiendo de la voluntad del autor, ni resulta posible presumirla, porque se viola la máxima intimidad del hombre fallecido, de la que la esposa o compañera no es dueña. La elección procreativa reclama necesariamente el acuerdo de los cónyuges o de la pareja, más que cualquier otra elección, y mucho más en este supuesto *post mortem* que requiere un alto grado de responsabilidad frente al *nasciturus*. Pero destacamos que aún cuando se contase con una autorización del hombre, igualmente el procedimiento resultaría inaceptable para el derecho, porque siempre se trataría de un mecanismo procreativo *post mortem* merecedor de los reproches éticos que hemos reseñado y que justifican su rechazo.

- 2) Asimismo, la violación de la integridad de los restos humanos se logra, en nuestro ordenamiento legal, para la consecución de un interés público ligado a una investigación de la justicia, o para realizar una extracción de un órgano o parte separable del cuerpo a los fines de un trasplante; fuera de esos casos la manipulación del cadáver no es lícita.
- 3) No se puede aplicar por analogía la normativa de los trasplantes, pues el semen no puede ser asimilado a ninguna de las otras partes del cuerpo humano, pues se trata de un elemento que genera vida humana y transmite el patrimonio genético de la persona de quien proviene; además, no está comprendido en los “órganos o materiales anatómicos” que se pueden extraer del cadáver para los fines que establece la ley (artículo 19, ley 24.193).
- 4) Se altera la naturaleza y el fin de la asistencia médica a la procreación: ya no se trata de asistir a una pareja afectada naturalmente de esterilidad, sino de responder al deseo de una mujer en situaciones extremas.
- 5) Finalmente, las apetencias patrimoniales siempre están presentes y no cabe descartarlas del ánimo de la mujer, la cual, con este procedimiento, se crea un heredero apto para desplazar a otros.

X. EL EMBRIÓN *IN VITRO* EXISTENTE A LA FECHA DE APERTURA DE LA SUCESIÓN

1. *El supuesto*

Deben distinguirse los supuestos que venimos examinando de la mujer, que después de fallecido su marido, se hace inseminar con semen de aquél previamente depositado en un banco y la que lo ha hecho extraer de su cadáver; del caso en que el proyecto procreativo ha sido llevado a cabo conjuntamente por ambos cónyuges, viviendo ambos, mediante la técnica de la fecundación *in vitro* y fallece el marido antes de la transferencia del embrión, transferencia que, no obstante, se realiza a petición de la mujer, pues en tal caso el embrión ya goza de los derechos a la vida, a ser implantado en el útero de su madre, a nacer, a tener filiación paterna y heredar a su padre.

2. *Derecho comparado*

Acertadamente a nuestro parecer, el Tribunal de Palermo (Italia) dispuso la transferencia de los embriones a la viuda que reclamaba el implante, en fallo del 8 de enero de 1999, reconociendo el derecho a la vida del *nasciturus* y la necesidad de proteger también la integridad psicofísica de la madre, en virtud de lo cual ordenó al centro médico proceder el implante. La doctrina jurídica italiana aprobó esta solución.⁵²

Pero singularmente la misma demanda recibió una respuesta negativa de los tribunales franceses, que rechazaron la solicitud de la viuda de transferencia del embrión *post mortem*,⁵³ con lo cual condenaron los embriones a la destrucción. La ley francesa (artículo 152-4, Código de la Salud Pública, según ley 94-654 de 1994) siguió el criterio de estos fallos, disponiendo que la asistencia médica a la procreación sólo puede beneficiar a los dos

⁵² Texto completo de la sentencia en la revista *Diritto di famiglia e delle persone*, Milán, 1999, p. 231, y en el apéndice de la obra de Cassano, Giuseppe, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., pp. 187 y ss., quien aprueba la solución, pp. 184 y 185; igualmente Ferrando, Gilda, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., pp. 434-436. En el mismo sentido de la doctrina del fallo se había manifestado con anterioridad: Grassi, Silverio, *I nascituri concepiti e i concepiti artificiali*, cit., núm. 61.

⁵³ Trib. Gr. Inst. de Rennes, 30 de junio de 1993, en *La Semaine Juridique*, 1994, núm. 22250, con nota crítica de Claire Neirinck; y Cour App. de Toulouse, 18 de abril de 1994, *Juris Classeur Periodique*, 1995-II-núm. 22472, con nota también de C. Neirinck.

miembros vivientes de la pareja. Una vez concebidos los embriones *in vitro*, si uno de los miembros de la pareja fallece antes de la transferencia al útero materno, el sobreviviente será consultado sobre el punto de saber si acepta que los embriones crioconservados sean acogidos por otra pareja; si se niega o no hay otra pareja receptora, los embriones son conservados por cinco años y luego podrán ser destruidos, pues la ley no aclara suficientemente el punto ni establece que autoridad toma la decisión (artículo 152-4, Código de la Salud Pública, y artículo 9o., ley 94-654). El procedimiento a seguir queda, por lo tanto, librado a la decisión de los centros médicos. Pareciera que el legislador francés rechaza la idea de reglamentar la destrucción final de los embriones crioconservados, a los cuales el Comité Consultivo Nacional de Ética francés no sólo les ha reconocido el estatuto de “personas humanas potenciales” (dictamen núm. 8 del 15 de diciembre de 1986),⁵⁴ sino también en dos oportunidades, en los años 1993 y 1998, ha recomendado admitir la transferencia de embriones a la viuda después del deceso del marido⁵⁵. Se considera que este criterio influyente y las reflexiones a que dio lugar la cuestión puede conducir finalmente a la autorización legal de la transferencia del embrión *post mortem*.⁵⁶

En España, la ley 35 de 1998 no prevé la transferencia de embriones *post mortem*, sino sólo que los embriones concebidos *in vitro* podrán conservarse por dos años a disposición de los usuarios de la técnica; luego quedarán a disposición de los bancos correspondientes, sin aclarar nada sobre su destino final (artículo 11). La doctrina considera que la viuda dentro de ese plazo puede utilizar los embriones, si han sido obtenidos *in vitro* y crioconservados en vida del marido.⁵⁷

⁵⁴ Letteron, R., *Le droit de la procréation*, cit., p. 114; Cobbaut, Jean Philippe, “Quelle régulation pour las procréations assistées?”, en Schiffino-Varone, *Procréation médicalement assistée: régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 104 y 105.

⁵⁵ Cobbaut, Jean Philippe, *Quelle régulation pour las procréations assistées?*, cit. en nota anterior, pp. 107-109. En Francia está en estudio un anteproyecto de revisión de las leyes de bioética.

⁵⁶ Courbe, Patrick, *Droit de la famille*, 3a. ed., París, A. Colin, núm. 921, 2003.

⁵⁷ Romeo Casabona, Carlos M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 250.

3. *Derechos del embrión in vitro*

Aún sin entrar al complejo debate sobre si el embrión es una persona, una cosa o una entidad intermedia, lo cierto es que predomina el consenso en reconocer a ese grumo de células, del cual todos hemos nacido, su condición humana digna de respeto. Se trata de una persona humana potencial. Y si bien las leyes europeas con criterio pragmático han evitado conferir un verdadero estatuto jurídico al embrión *in vitro*, lo exacto es que afirman el derecho a la vida desde la concepción,⁵⁸ y en razón de su “humanidad” el legislador le ha ido acordando un régimen protector proveniente de los derechos fundamentales de la persona, del derecho penal, del derecho privado y de un régimen normativo especial, en cada situación específica, subsistiendo divergencias en torno a la creación de embriones excedentes, a la posibilidad de destinarlos a la investigación, y de someterlos al diagnóstico pre-implantatorio.⁵⁹

En derecho privado patrimonial, el infante concebido *in útero* tiene derecho a heredar y a recibir liberalidades entre vivos o a causa de muerte, así como ser designado beneficiario de estipulaciones a favor de tercero o titular de otros derechos de crédito. Tales derechos, sometidos a la condición suspensiva del nacimiento con vida, quedarán irrevocablemente adquiridos si el concebido nace con vida, y se extinguirán con efecto retroactivo si nace muerto o si muere antes de estar completamente separado del cuerpo materno, considerándose como que la persona nunca ha existido (en nuestro derecho: artículos 70, 74, 1806, 3290 del CC argentino).

Pues bien, por extensión, el mismo régimen resulta aplicable al concebido *in vitro* llamado a nacer en el contexto de un proyecto de procreación asistida,⁶⁰ porque tratándose del mismo ser no se aprecian razones para diferenciar el estatuto ontológico y legal de un embrión alojado en el útero y el de un embrión *in vitro*.

⁵⁸ La normativa emanada de los organismos de la Unión Europea también consagran este principio y la necesidad de proteger la vida humana desde el momento de la concepción: Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la utilización de embriones y fetos, núm. 1046 de 1986, y núm. 1100 de 1989; Resolución del 16 de marzo de 1989 del Parlamento Europeo sobre la fecundación *in vivo* e *in vitro* (sus textos se encuentran en la obra de Lenoir-Mathieu, *Le droit international de la bioéthique*, París, PUF, 1998).

⁵⁹ Guillod, O., “La loi et l’embryon humain *in vitro*: les législations existantes”, *Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique: L’embryon humaine *in vitro*, cit.*, pp. 109 y 118.

⁶⁰ Massager, Natalie, *Les droits de l’enfant à naître*, Bruselas, Bruylant, núm. 313, 1997.

4. *Derecho argentino*

Este último razonamiento cabe aplicarlo a las disposiciones de nuestro Código Civil que establecen que la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno (artículos 63 y 70), sancionadas con mucha anterioridad al surgimiento de las nuevas tecnologías procreativas, a fin de interpretar que esa existencia puede comenzar no sólo desde la concepción en el seno materno, sino también desde la concepción que se logra fuera de él, en condiciones de laboratorio. Así lo dispuso el proyecto de ley de reproducción humana asistida aprobado por el Senado de la Nación en 1997⁶¹ y lo entiende la doctrina ampliamente predominante,⁶² como también la doctrina uruguaya.⁶³

En consecuencia, tanto el embrión concebido *in vivo*, como el que lo fue *in vitro*, quedan regidos por el mismo régimen legal.

5. *Vicisitudes del embrión in vitro*

No obstante que desde el punto de vista ontológico se trata del mismo ser, ya sea que se encuentre en el útero materno o en una probeta, el embrión *in vitro* está sujeto a un riesgo que no lo corre el embrión ubicado en el útero, pues su nacimiento está sometido a una doble condición suspensiva: depende de que lo transfieran al útero materno a fin de llevar adelante la gestación, y también que luego nazca con vida; el embrión que está en el seno de su madre sólo está sometido a una sola condición: nacer con vida.

Además, múltiples vicisitudes pueden acontecer con el indefenso embrión *in vitro* antes de su transferencia al útero materno: separación o

⁶¹ Lo comentamos favorablemente en nuestro artículo “Regulación legal de la reproducción humana asistida”, *Jurisprudencia Santaafesina*, 1999, núms. 36-37, pp. 102 y ss.

⁶² Banchio, Enrique, “Comentario al artículo 63”, en Bueres-Hihgton, *Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, t. I; Loyarte-Rotonda, *Procreación humana artificial, cit.*, capítulos IX, X y XI; Piñón, Benjamín P., “La fecundación asistida y el derecho”, *El Diario*, Paraná, 17 de noviembre de 1996; Krasnow, Adriana N., *Procreación humana artificial: comienzo de la existencia de la persona*, Zeus t. 86-D, p. 47; nuestro trabajo: *Procreación asistida. Panorama jurídico, cit.*, pp. 35 y ss y sus referencias.

⁶³ Vaz Ferreyra, Eduardo, *Tratado de las sucesiones, cit.*, t. IV, pp. 166, 192 y 193; Perdomo Polcino, Nelly, “La procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 1995, t. 10, p. 124 y sus referencias.

divorcio de los padres; fallecimiento del padre u oposición del mismo a la implantación, o negativa de la madre; problemas físicos de la madre que impidan la transferencia o fallecimiento de la misma; o bien, que los padres se despreocupen del embrión y lo abandonen.⁶⁴

En algunos casos (conflictos entre los progenitores) podrá el juez resolver lo que más conviene al interés superior y a la conveniencia del embrión (argentina artículo 264 tercero del CC; artículo 17, punto 4, Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 3o. y 6o., Convención sobre los Derechos del Niño); o sea, su implante en el útero materno aun mediando oposición paterna, si la madre lo requiere.⁶⁵ En otros supuestos (imposibilidad física o negativa de la madre de recibirlo, abandono de los padres), quedará crioconservado en el banco y no encontrará otra salida para su situación que el recurso a la adopción prenatal, que no está legislada. Y si fracasa esta alternativa, su destino será morir directamente destruido; o indirectamente, a través de su empleo para la experimentación, lamentable final que constituye el lado oscuro y negativo de la técnica de fecundación *in vitro*.

6. *Fallecimiento del padre antes de la transferencia. Proyecto de Código Civil de 1999*

Aquí nos interesa una sola vicisitud: el fallecimiento del padre antes de la transferencia del embrión. Entendemos que la madre tiene derecho a obtener la implantación, sin necesidad de que el causante haya dejado ninguna autorización, pues el proyecto parental fue llevado a cabo conjuntamente en vida de ambos integrantes de la pareja y el embrión ya estaba concebido al momento de fallecer su progenitor. Por lo tanto, aquí también juega, y fundamentalmente, el derecho del embrión a la vida, es decir, a continuar el curso de su desarrollo y a nacer.⁶⁶ Y si nace con vida tendrá fi-

⁶⁴ Sobre estas alternativas y sus problemas ver nuestro trabajo: *Procreación asistida. Panorama jurídico*, cit., núm. 90/91.

⁶⁵ Sambrizzi, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, cit., nota 4, núm. 46; nuestro trabajo citado en nota anterior, núm. 90; Cafferata, José I., *Las nuevas técnicas de reproducción humana*, E. D., 130-729, núm. 37; Hidalgo, S., *Congelamiento y destrucción de embriones ¿avance o retroceso?*, L. L., 1993-D-1103.

⁶⁶ Andorno, Roberto, *El derecho a la vida ¿cuándo comienza?* (A propósito de la fecundación *in vitro*), E. D., 131-910; nuestro trabajo: *Procreación asistida. Panorama ju-*

liación matrimonial y herederá a su padre, pues fue concebido durante el matrimonio de sus progenitores y ya existía al producirse el deceso del causante, teniendo capacidad para suceder tanto en el ámbito de la sucesión legal, como en el de la sucesión testamentaria, e igualmente podrá ser beneficiario de una donación (artículo 1806), aunque siempre sometido a la condición de que nazca con vida (artículos 70, 74 y 3290; igualmente el CC uruguayo: artículos 1012 y 835 inciso 1, y 216 inciso 3, aunque agrega que el nacido debe sobrevivir veinticuatro horas).⁶⁷

El reconocimiento del derecho hereditario se justifica en este caso por la diferencia sustancial que presenta en relación a la fecundación *post mortem*: en la transferencia del embrión con posterioridad al fallecimiento de su progenitor, se trata de salvaguardar el derecho a la vida y los derechos patrimoniales de un infante que ya existe y que va a nacer privado de padre por circunstancias ajenas a la voluntad humana; en la fecundación *post mortem*, se pretenda traer a la vida un hijo que no existe y que deliberadamente se programa huérfano de padre.

Ahora bien, no habiendo legislación sobre la materia, la viuda podría demorar indefinidamente la implantación y el nacimiento de un nuevo heredero, lo que traería incertidumbre y provocaría inseguridad jurídica sobre el derecho de los demás herederos e incluso de terceros. El legislador no debe descuidar esta eventualidad. El Proyecto de CC argentino de 1999 prevé esta situación y en su artículo 2229 inciso c) establece que pueden suceder al causante las personas que nazcan como consecuencia de la crioconservación de un embrión formado con gametos de aquél, dentro de los cuatrocientos ochenta días después de su muerte, es decir, que los derechos del embrión dependerán de que nazca en el plazo fijado por la norma, para lo cual la transferencia al útero de la viuda se habrá de efectuar dentro de los seis meses posteriores al fallecimiento de su marido. Si bien consideramos conveniente poner un plazo para proceder a la transferencia del embrión a fin de evitar que se prolongue indefinidamente la inseguridad sobre

rídico, núms. 90 y 164; Iñigo, Delia, “Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas”, *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1989, núm. 2, p. 62; Sambrizzi, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, *cit.*, nota 4, núms. 44-46.

⁶⁷ Recomendación XI-2, tema III (La medicina moderna de la procreación y su influencia en el derecho de familia y sucesiones), del *XXI Congreso Internacional del Notariado Latino* (Berlín, 1995); Cassano, Giuseppe, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, *cit.*, pp. 184 y 185.

los derechos sucesorios,⁶⁸ entendemos que corresponde aplicar por analogía la normativa del régimen legal de la adopción plena, por tratarse de situaciones similares, pues si bien se refieren esas reglas a un niño ya nacido, cabe hacerlas extensivas al niño concebido, cualquiera que sea su grado de desarrollo, y en ambos casos nos encontramos frente a un ser humano respecto del cual puede configurarse un abandono o desentendimiento total por parte de sus progenitores.

Dispone el artículo 325 del CC argentino: “Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores... c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubiesen desentendido totalmente del mismo *durante un año* o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto o continuo y esta situación hubiese sido comprobada por autoridad judicial”. Pues bien, si la madre se ha desentendido totalmente del embrión crioconservado durante más de un año, corresponde que el establecimiento donde se encuentra, con intervención del juez, pueda darlo en adopción, situación ésta que requiere sin duda intervención del legislador para reglamentar el trámite y organizar un registro de embriones crioconservados. Igual solución adoptiva cabría en el supuesto de fallecimiento de la madre o de un problema físico que le impida la implantación. Si fracasa la entrega en adopción sabemos ya cuál es el triste destino de un embrión congelado.

XI. FUNCIÓN ORIENTADORA DE LA LEY

Hemos visto en rápida síntesis los criterios disímiles y hasta totalmente opuestos que puede adoptar el legislador frente a los procedimientos de la fecundación post mortem según sea el punto donde centre su interés: en el interés y libertad de los adultos, en el interés y los derechos del niño, en el progreso de la ciencia o en el respeto a la dignidad de la persona humana. En este conflicto entendemos que el legislador debe cumplir su función orientadora de la evolución social motivado por el respeto a la dignidad de la condición humana y al interés superior del niño, regulando en ese sentido

⁶⁸ Un nueva reflexión sobre el tema nos ha hecho variar la opinión contraria que habíamos manifestado en nuestro trabajo con Roberto Natale, “Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de sucesiones”, en Brebbia, Roberto H. (dir.), *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*, Buenos Aires, Zavalía 2001, pp. 371 y 372.

la aplicación de las tecnologías procreativas y fijándole límites precisos para prevenir la tentación de desmesuras, de aquellas desmesuras que convierten al hijo que se pretende crear en un simple objeto, en un medio para la satisfacción de deseos y fines individuales, olvidando que ese infante que se quiere es otra persona humana con su propio y personal interés y sus propios derechos fundamentales, los cuales anticipada y premeditadamente no se los puede vulnerar ni desconocer. En este sentido, las legislaciones de Alemania, Austria, Dinamarca, Suiza y Noruega, son las que de modo más satisfactorio contemplan el derecho de los hijos que nacen de las técnicas procreativas, y sus criterios deberían servir de orientación para elaborar una regulación legal sobre esta delicada materia.

XII. RECOMENDACIONES

En función de lo expuesto y como estas trascendentes cuestiones están siendo objeto de debate en varios países en los cuales no hay legislación sobre la materia y en algunos otros se está estudiando la revisión de las leyes bioéticas vigentes, consideramos apropiado que este importante Congreso internacional se pronuncie recomendando los siguientes criterios:

Primero. Exigir que ambos integrantes de la pareja heterosexual de usuarios de las técnicas procreativas se encuentren vivos al momento de practicarse las mismas, manteniendo a la vez el principio de que quien no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle.

Segundo. Admitir la transferencia de embriones *post mortem*, siempre que la mujer se realice el implante antes del vencimiento del plazo que establecen las normas sobre adopción para considerar desvinculados a los progenitores que se han desentendido de sus hijos a fin de declararlos a éstos en condiciones de adoptabilidad.