

## Fertilización *post mortem*

### Nota a fallo

#### Tratamiento de fertilización *post mortem*

Rechazo de autorización para utilizar el material genético criopreservado de quien en vida fuera su cónyuge

Se confirma el pronunciamiento que deniega la autorización solicitada por la peticionaria para utilizar, en un tratamiento de fertilización *post mortem*, el material genético criopreservado de quien en vida fuera su cónyuge, ya que en general los tratamientos con TRHA (técnica de reproducción humana asistida) no se agotan instantáneamente

en un único acto, sino que configuran un proceso dilatado en el tiempo. De allí que el art. 560 *in fine* exige que el consentimiento deba renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, demostrándose en cada intento que continúa vigente el proyecto parental que dio origen a la práctica.

CNCiv., sala A, 07/09/2023. – L., J. L. s/ autorización.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/114636/2023]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <https://www.laley-next.com.ar/> o en Proview]

## Filiaciones *post mortem* y el peso de la voluntad en la determinación en un derecho convencionalizado



Úrsula C. Basset

Profesora titular ordinaria de Derecho de Familia y de Derecho Sucesorio (UCA). Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia (UCA). Profesora adjunta interina (UBA). Directora de las Carreras de Especialización en Derecho de Familia (UCALP y UCASAL).

Continúa en p. 2

## Fertilización *post mortem*: un caso de ausencia de voluntad procreacional para después de la muerte



Rodolfo G. Jáuregui

Abogado. Especialista en Derecho de Familia. Profesor titular de Derecho Civil V (UNL). Profesor de posgrado (UNL, UNNE, UCASAL y UCA). Capacitador del Instituto de Capacitación Dr. Juan Bautista Alberdi (ST Entre Ríos). Miembro del Centro de Estudios de Derecho Comparado del Mercosur. Juez de enlace por Entre Ríos ante la Corte Suprema en materia de restitución internacional de menores. Juez de Familia y Penal de NNyA de Concordia, Entre Ríos.



Daniela N. Prado

Abogada (UNL). Especialista en Magistratura (UNR). Especialista en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (UNL). Diplomada en Procesos por Audiencias: Civil, Familia y Laboral (UCA, AADP, CAER). Doctoranda en Ciencia Jurídica (UCSF). Asistente letrada de la Cámara 2da en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala II.

Continúa en p. 4

## Estableciendo los contornos de la voluntad procreacional Acerca de un caso reciente de filiación *post mortem*



María Victoria Schiro

Profesora Titular de Derecho Sucesorio, y Derecho de las Familias, Facultad de Derecho (UNICEN). Vicedirectora del Centro de Estudios Jurídicos de la Persona y de la Familia, Facultad de Derecho (UNICEN). Vicedirectora IEJUS. Magíster en Derecho Privado, Doctora en Derecho, Facultad de Derecho (UNR).

Continúa en p. 6

### Doctrina

## Fecundación *post mortem*



Eduardo A. Sambrizzi

Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Continúa en p. 8

Úrsula C. Basset

Viene de p. 1

## I. El caso

Toca comentar un fallo (1) sensato de segunda instancia que deniega la fertilización de los óvulos de una mujer viuda con el esperma de su marido premuerto. La viuda alegaba un poder amplio de administración y disposición, poder que, como es sabido, caduca con la muerte del que lo otorgó. Por lo demás, aun si el mandante estuviera vivo al momento del uso del poder amplio para renovar el consentimiento, es dudoso que un poder amplio tenga validez para actos de una naturaleza personalísima, como engendrar un hijo. El fallo de primera instancia había seguido la misma línea argumentativa del Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 25. Ambos fallos, de primera y segunda instancia están sólidamente argumentados y el análisis es meduloso.

## II. La renovación del consentimiento como clave de bóveda

Los fallos de primera y segunda instancia apoyan el grueso de la argumentación en el argumento de la falta de consentimiento informado. Especialmente la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil en un voto compartido demuestra lo que surge clarísimo de la legislación vigente: el consentimiento debe renovarse para cada uso de los gametos. Eso supone inmediatez del consentimiento prestado.

Más evidente resulta esa inmediatez de la renovación del consentimiento si se recuerda la historia de la norma: se introdujo la renovación de consentimiento para contrarrestar un caso fallado entonces con el voto de la querida profesora, ya fallecida, Marta del Rosario Mattera y la juez de Cámara, Beatriz Verón. Entonces, dos esposos se disputaban la suerte de embriones crioconservados (2). El marido entendía que el embrión no era una persona y que debía prevalecer la libertad procreativa de no engendrar. La esposa solicitaba la transferencia embrionaria para gestarlos. La Cámara decidió que se trataba de hijos, pues la existencia humana comienza en la concepción (3). Puesto que eran hijos, además matrimoniales, se presumía la paternidad del marido. Por lo tanto, el marido no tenía un derecho a no ser padre, pues ya lo era. Los embriones se transfirieron sin éxito.

No obstante, la doctrina contraria a este fallo, que participaba en el entonces proceso de redacción del Código Civil y Comercial, con rápida reacción, introdujo el texto de la renovación de los consentimientos frente a cada utilización de los gametos actualmente vigente en la redacción final (art. 560 CCyC). Se introdujo también la desafortunada redacción, muy contraria a los derechos de la mujer (en perspectiva netamente patriarcal), de que el varón podía revocar el consentimiento prestado hasta la implantación (art. 561).

Aquel fallo disponía: “La voluntad procreacional explícita queda, pues, manifiesta

**SUMARIO:** I. El caso.— II. La renovación del consentimiento como clave de bóveda.— III. El deseo, ¿un derecho subjetivo absoluto?— IV. Un Derecho complaciente.— V. La voluntad ¿puede ser el único quicio?— VI. El juez héroe que necesita el Derecho de familia.— VII. Las contradicciones que no resistirían un test de proporcionalidad (si se hiciera).— VIII. Y si en estos casos, ¿al menos aplicáramos el Derecho de los contratos?

ta en ocasión de suministrar su material genético conociendo que lo hacía con la finalidad específica de que fuera utilizado en el proceso de inseminación”. Y agregaba: “Las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces; son inadmisibles las pretensiones que ponen al pretensor en contradicción con sus propios comportamientos anteriores, jurídicamente relevantes”.

No cabe duda leyendo estos párrafos acerca del sentido del art. 560, así como quedó redactado, que se persigue la inmediatez temporal de la renovación del consentimiento con el uso de los gametos. Se buscó evitar que la suspensión del tiempo para los gametos y los embriones crioconservados fuera un *bypass* a la voluntad procreativa que a lo mejor ya se había extinguido, aun cuando los gametos o embriones estuvieran vivos. El primer consentimiento a las técnicas no podría habilitar la fecundación o la transferencia embrionaria, sino que debe ser sostenido y reforzado por sus renovaciones. Por eso, un poder anticipado no es válido en esta lógica.

Este problema se plantea en todos los casos de manifestaciones de voluntad anticipada sobre derechos personalísimos (4). Especialmente en las directivas anticipadas para tratamientos médicos. Se trata de voluntades suspendidas en el tiempo, que tal vez al momento en que son ejecutadas (incluso sin plena conciencia del sujeto que las emitió) ya no se sostienen.

Es importante señalar que el fallo se refería a embriones y no a gametos. En un caso para el Derecho argentino hay persona humana (art. 19); en el segundo hay simplemente gametos, células reproductivas sexuales, que tienen una significación muy específica y rasgos muy particulares, pero que no están protegidas por el estatus de la personalidad jurídica (por debilitado que esté ese estándar protectorio en el derecho actual).

Es sabido que la implantación se produce en torno a los 13 días posteriores a la transferencia embrionaria, con lo cual, si ya se hubiera producido la transferencia y no hubiera aún implantación, y el padre revocara su consentimiento, la mujer quedaría encinta de un niño sin padre (por eso decíamos que es patriarcal el art. 561). El niño no tiene acción para reclamar la paternidad, porque todas las acciones filiatorias están prohibidas en las técnicas de reproducción humana asistida, aun cuando el hijo tenga vínculo biológico (está literalmente vedado el acceso a justicia de los niños en estos casos).

Resonaba en todas estas cuestiones el famoso fallo del TEDH “Evans vs. UK” (5) (también patriarcal, si se quiere y contrario a la lógica de “Artavia Murillo v. Costa Rica” (6), que admite un impacto desproporcionado de la filiación en la mujer). En ese fallo la Sra. Evans había acordado con

su pareja la fecundación de los últimos óvulos que tendría previo a una cirugía “pre-cancerosa” de ablación de los ovarios. La pareja se rompió. La Sra. Evans pretendió acceder a los embriones, pero, su expareja se opuso y alegó su derecho a revocar su consentimiento. El TEDH sostuvo que debía prevalecer el derecho a no ser padre por sobre el deseo de ser madre, porque no había derecho a un hijo genéticamente relacionado.

## III. El deseo, ¿un derecho subjetivo absoluto?

Aquí comienza nuestra ligera discrepancia parcial con el fallo en comentario. El fallo apoya justamente su rechazo en la falta de voluntad procreativa comprobable del marido premuerto. ¿Es este el único argumento?

¿Basta esclarecer que se trata auténticamente de la voluntad y que esta no esté viciada para hacer lugar?

Es que la voluntad y el deseo adultos se han transformado crecientemente en el Derecho de familia argentino actual en un nuevo derecho subjetivo de carácter absoluto. Bastaría convalidar que se verifica el elemento voluntario, para hacer lugar a la pretensión.

Recordemos que el Derecho civil progresó trabajosamente hacia restricciones funcionales y sociales a los derechos subjetivos, que por lo demás no se consideran absolutos, sino relativos (7). Se habla del abuso del derecho subjetivo, abuso de posición dominante, del derecho función, de la teoría relacional del derecho (que advierte que hay terceros que pueden verse afectados por el ejercicio ilimitado de los derechos de terceros), de la socialización o dimensión social de los derechos subjetivos, de su concierto con el derecho objetivo que debe coordinar las distintas esferas de derecho subjetivos y, más allá, con el orden público, el interés general, o el daño a terceros que surgen del mismo artículo 19 CN que suele invocarse.

El Derecho de familia actual tiende a doblegarse ante la voluntad adulta (y ante toda nueva oferta de la ciencia) como nunca en la historia. La voluntad adulta se ha transformado en un derecho subjetivo absoluto, no relativo. Es oponible *erga omnes*: a las prepagas, que deben asumir los costos, que luego se deducen de otras prácticas por patologías que ya no podrán ser cubiertas (los fondos no son infinitos y las prepagas ya están en situación crítica), a los hijos, a los jueces, a la doctrina, a la sociedad.

Obrando de este modo, el Derecho resigna su función de garante, es decir, la de constatar la justicia de una relación jurídica (con un niño, respecto del cual el Estado debe garantía reforzada). A cambio, asume una nueva función antropológica y



## ¿Cuál es el tema jurídico debatido?

Se refiere a la fecundación *post mortem*, es decir, la posibilidad de engendrar un hijo con el material genético de una persona fallecida. La autora comenta un fallo de segunda instancia que deniega la fertilización de los óvulos de una mujer viuda con el esperma de su marido premuerto, apoyándose el grueso de la argumentación en la falta de consentimiento informado. Agrega que la sola invocación de que se cumplen los requisitos de los arts. 560-563 es insuficiente en el marco del Derecho convencional-constitucional y además no es coherente con otros techos normativos del mismo Código Civil y Comercial con los que debe integrarse.

social de reconocimiento expansivo de deseos de plasmar a su modo la parentalidad. Cada uno su familia, cada uno su derecho, si siguiéramos la máxima de Jean Carbonnier (8). El derecho se limita a fotografiar, como un espectador (9).

Así, el Derecho de familia se encierra en el más rancio individualismo decimonónico, un derecho de fuertes en donde los débiles (p. ej. los niños), que pueden ver afectado su proyecto de vida y su misma existencia, no tienen otra carta de ciudadanía que la de ser remate final de motivación de un fallo: “y reconocer el derecho de estos progenitores a engendrar de esta forma es en interés superior del niño”, afirmado frecuentemente en forma abstracta y sin mayor argumentación.

Así, aun cuando este fallo deniega bien un engendramiento *post mortem* sin el concurso de la voluntad del progenitor, en definitiva, no se aparta de la tónica de un Derecho de familia que es complaciente con ese deseo adulto. La paradoja es que la dinámica lleva a un Derecho de familia abolicionista, que se privatiza frente a la iniciativa contractual privada y que excluye todo derecho fundamental que se le oponga, y así el balance de intereses afectados. Un derecho que renuncia a pronunciarse sobre el valor de esa voluntad en el caso concreto.

Todo esto se plasma en la dimensión procesal: los procesos de establecimiento de la filiación por TRHA pasan a ser de corte voluntario (con frecuencia, no media oposición de nadie). Desde el punto de vista de la evolución teórica del pensamiento sobre la noción del derecho subjetivo en las demás ramas del Derecho civil, resulta a contracorriente.

## IV. Un Derecho complaciente

Es curioso que crecientemente se insinúe una jurisprudencia complaciente con

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “L. J. L. s/ Autorización” (J.H.) Expte. Nº 104832/2022 - J. 25-, firmado por los Dres. Calvo Costa y Picasso, TR LA-LEY AR/JUR/114636/2023.

(2) Expte nº 94282/2008 - P., A. c/S., A. C. s/Medidas Precautorias”, JCCiv. Nº92. 13 de septiembre de 2011. Sobre este fallo ver también el Comentario de Eduardo A. Sambrizzi, Rechazo judicial de una petición para que se autorice una práctica de fecundación *post mortem* -Comentario a fallo: “L. J. L. s/ autorización” (J.H.)” de la Cámara Nac. en lo Civil Publicado en El Dial.

(3) “La paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el demandado accedió a hacerse el

tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato firmado con el Instituto de Fertilidad, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial”.

(4) Este asunto ha sido tratado con gran refinamiento por José W. Tobías en la doctrina nacional. Puede verse al respecto su comentario al art. 60 CCyC en AL-TERINI, Jorge H., “Comentario al Código Civil y Comercial, Tratado Exegético”, T. I, Buenos Aires, 2019, Thomson Reuters, especialmente en el pto. 3.

(5) Grand Chamber, ECHR, “Evans v. UK”,

10/04/2007.

(6) Corte IDH, 2012.

(7) Recordamos aquí las preocupaciones recurrentes en la doctrina francesa por la interacción entre derecho objetivo y derechos subjetivos. Contra las teorías fundamentalistas de derechos subjetivos que tienen como punto de partida la voluntad, se establecieron crecientemente límites al derecho subjetivo, surgidos de su legitimidad (Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*), de la función (Josserand, *De l'abus de droit*), y del sentido social de los derechos (Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*). Ver al respecto la interesante síntesis

evolutiva de la noción en ROCHFELD, “Les grands notions du droit privé”, Paris, PUF, 2022, p. 247 y ss.

(8) “À chacun sa famille, à chacun son droit”, CAR-BONNIER, Jean, *Éssais sur la loi*, 1978.

(9) CENDON, Paolo, “Profili generali degli illeciti tra familiari: Famiglia e responsabilità”, en TORINO, Raffaele, *Illeciti tra familiari*, Giuffrè, 2006, Milano, ps. 6-7. En el mismo sentido: PARADISO, M. “I rapporti personali fra i coniugi tra la riforma del diritto di famiglia e leggi speciali: linee per una riflessione”, en *Cinquant'anni del Codice Civile*, 1993, Milano, Vol. II, p. 601 y s



esa voluntad, tanto para afirmar ese deseo o para denegar cuando ese deseo no está presente (10). El deseo del hijo se transforma frecuentemente, con esquemas argumentativos diversos y parcialmente contradictorios, en derecho al hijo. Al revés de lo sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en este punto es claro: el hijo no es objeto de derechos, sino sujeto (11). Que el hijo es sujeto y no objeto de derechos o de un contrato parecería un punto sobre el que ya no fuera necesario argumentar.

Un ejemplo muy notable de esta evolución jurisprudencial son los fallos que afirman que la maternidad subrogada no está prohibida en el Derecho argentino y acto seguido declaran la inconstitucionalidad de la norma que determina la maternidad por el parto y que es conforme a los estándares internacionales de regulación de la maternidad subrogada, que piden determinarla por el parto (12). Sería un claro supuesto de arbitrariedad por sentencia contradictoria (13).

Sin embargo, no solo se ha naturalizado esta argumentación, sino que a eso se suma a que, pese a que puede haber intereses controvertidos entre los intereses adultos y los de los niños, no falta ocasión en que el Defensor de Menores o de Niños claudica y no apela.

Se dirá que el Defensor solo puede intervenir cuando hay un niño. Lo hay siempre que hay un embrión o un niño ya nacido. Y aún en esos casos se claudica. No se designa ni abogado del niño ni tutor *ad litem*. El niño no tiene derecho de ciudadanía en la determinación de su propia filiación (14). De hecho, nadie se ocupa de su interés superior, pues se da por sentado, notablemente, que coincide con el deseo adulto. Imaginemos si argumentara lo mismo en todos los demás casos en que hay derechos de los niños y de los adultos, aun en temas de filiación adoptiva o por naturaleza.

Cuando el niño no haya sido concebido aún, hay un sujeto que debería velar por los intereses de los niños en abstracto: el *Ombudsman* del niño o defensor de niñas, niños y adolescentes, que defiende a la niñez en abstracto. No escuchamos su voz al respecto. Más allá de las opciones personales de quien ocupe el cargo circunstancialmente, este se ejerce en el marco del Derecho argentino, en donde la infancia en abstracto y sus derechos se discuten en cada filiación. ¿Está bien engendrar un niño de su padre muerto (en abstracto)?

#### V. La voluntad ¿puede ser el único quicio?

Los arts. 560-563 determinan la filiación sobre la base de la voluntad declarada y su renovación con inmediatez a la utilización de los gametos o del embrión. Ese es el principal fundamento por el que los jueces entienden que esa voluntad declarada es suficiente para emplazar filiatoriamente a un niño, si se dan los requisitos legales.

Ahora bien, esa voluntad no es omnímoda. Tiene su limitación en el “orden público

ampliado” que surge de los tratados incorporados a la Constitución Nacional, a la interpretación integrativa que surge de los arts. 1º y 2º CCyC y a la interpretación armonizante con el Código Civil y Comercial en conjunto (15).

En algunos fallos se invocan estándares internacionales de derechos humanos, pero con demasiada frecuencia es en forma sesgada, pues solo se citan los derechos que garantizan la procedencia del derecho subjetivo invocado por los adultos a crear una familia.

Más notable aún es que siempre que se aborda la maternidad subrogada, por ejemplo, se omite considerar el art. 17 CCyC, que prohíbe la contratación sobre partes del cuerpo. O la prohibición de que el contrato sobre el vientre materno tenga objeto válido (art. 1004). O que no se investigue mínimamente para excluir la compra y venta de niños o la trata de mujeres (16), pese a que la Argentina ha sido condenada por la Corte IDH en esta misma materia, para la compra y venta de niños por adopción (17). Todas cuestiones de derecho objetivo terminan cediendo ante el carácter absoluto que se concede al derecho subjetivo de las partes.

Otro problema surge de la motivación de las sentencias. Un estudio de los fallos arroja además un uso sesgado de la doctrina, solo se invoca la que es favorable, nunca la mucha doctrina crítica; lo que importa un incumplimiento de los estándares de ética judicial en la motivación de la sentencia (18). Deben analizarse todos los argumentos y no solo los que convienen. Caso contrario, la sentencia resulta parcial (19).

En este mismo caso, como en tantos otros en sentido inverso, el Derecho se vuelve complaciente con los deseos de paternidad o maternidad con recurso a técnicas, incluso sin el análisis obligatorio de si esa maternidad o paternidad son en interés del niño.

Hay un encarnizamiento analítico en los proyectos de parentalidad de cada padre o madre que aspiran a adoptar. “Proyecto parental no viable, no ha hecho el duelo de la parentalidad biológica, tiene una proyección narcisista en el niño. Aspira a un niño sano”. Frases frecuentes para descartar aspirantes a guarda con fines adoptivos. Sin embargo, en toda fecundación *in vitro* hay selección y descarte embrionarios a veces por factores morfológicos de la evolución embrionaria en los primeros días. Ciertamente se descartan los embriones con síndrome de Down, fibrosis quística o síndrome de Turner, por ejemplo. Sin embargo, respecto de los progenitores por TRHA no se examina la idoneidad de los requirentes.

La presión social para aceptar sin restricciones toda nueva propuesta del progreso científico, invocando el Protocolo de San Salvador (20), es francamente enorme. ¿Cómo oponerse? Si todos los jueces otorgan, ¿en qué posición queda el que deniega?

#### VI. El juez héroe que necesita el Derecho de familia

Los jueces héroes de Cass Sunstein (21) que necesita el Derecho de familia son, hoy en día, los que se animan a aplicar el Derecho vigente contra toda presión social o de hegemonías discursivas. Aquellos que sencillamente hacen prevalecer los derechos de la infancia y las garantías constitucionales y convencionales vigentes, sin derogar todo para habilitar el solo deseo de paternidad. Son aquellos que hacen un análisis neutral de la doctrina y del Derecho internacional e interno. Es decir, los que son sensatos, moderados y prudentes en su análisis.

Este fallo, aunque tiene algo de esa valentía, sin embargo, no termina de atravesar la barrera, pues permanece en el umbral de la voluntad, que es insuficiente.

#### VII. Las contradicciones que no resistirían un test de proporcionalidad (si se hiciera)

Pese a que los niños tendrían en principio un derecho a crecer vinculados con sus dos progenitores, la monoparentalidad por opción y la filiación de hijos huérfanos (*post mortem*) no aparece condenada, ni en este fallo ni en buena parte de la doctrina.

La monoparentalidad por opción, otra vez, contrasta con la monoparentalidad de la filiación por naturaleza: allí el Derecho persigue al otro progenitor para emplazarlo e incluso reconoce la acción de daños y perjuicios por falta de reconocimiento (además, con legitimación activa de la madre por sí). Es lo que la Convención contra todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño llaman *derecho a la coparentalidad* (de la madre y del niño) y que no puede suprimirse en la filiación por naturaleza, pero si se engendra por TRHA, podría suprimirse sin mayor inconveniente.

Estos dobles estándares jurídicos que parecen incoherentes tienen una coherencia máxima. El favorecimiento a la filiación tecnológica y contractual por sobre la adoptiva y de “naturaleza”. ¿La igualdad ante la ley? Los hijos son hijos en todos los casos, por naturaleza, por TRHA y por adopción (22).

Lo más dramático tal vez sea que el ensalzamiento desequilibrado de la voluntad, que no se conoce en ninguna otra área del derecho contemporáneo, hace que el quicio de este tipo de filiación sea un contrato, contrato entre adultos, que a los hijos les es inoponible.

#### VIII. Y si en estos casos, ¿al menos aplicáramos el Derecho de los contratos?

El título de esta sección no refleja más que el enorme desconcierto que causa el Derecho de familia contemporáneo, que pregona un “orden público ampliado” por el marco constitucional convencional, incluyendo: a) el principio de prioridad de la infancia; b) la indisponibilidad del estado de familia; c) la prohibición de toda forma

de contractualización o compra y venta de los niños; d) la prohibición de toda forma de discriminación entre los niños por nacimiento; y, e) el derecho del niño a mantener relaciones con ambos progenitores; pero, termina aplicando a las relaciones emergentes la primacía de un derecho subjetivo absoluto derivado de la voluntad adulta de alcanzar la filiación por TRHA (*post mortem*, subrogada, por inseminación casera o por otros medios).

Estos derechos emergentes del orden público ampliado que enunciamos resultan exigibles a los padres y deben ser garantizados por el Estado, entre otros medios, por vía legislativa o judicial. Ese orden público incluye la autonomía de la voluntad, pero en los límites del art. 19 CN: es decir, siempre que no haya violación del orden público (ampliado en este caso) ni de intereses de los niños (que, para el caso, son terceros a su engendramiento). Debe coordinarse con otros derechos subjetivos en juego (las prepagas, los otros familiares en el caso de la fecundación *post mortem*, intereses generales en la no discriminación o tutelar la coparentalidad).

La voluntad procreativa no se exime del test de convencionalidad y de la aplicación integradora del arts. 1º y 2º del CCyC. Por lo tanto, en todos los casos corresponde un balance de intereses en juego. La sola invocación de la autonomía de la voluntad no es suficiente para garantizar que se verifique el interés del niño (ni en la adopción, ni en las TRHA). Si los derechos subjetivos no son absolutos en ningún caso, mucho menos lo son cuando está involucrada la infancia y hay un desequilibrio de poderes y de armas a favor de los padres.

Es síntesis, la sola invocación de que se cumplen los requisitos de los arts. 560-563 es insuficiente en el marco del Derecho convencional-constitucional y además no es coherente con otros techos normativos del mismo Código Civil y Comercial con los que debe integrarse (arts. 17, 19, 279, 712, 725, 1004). Además, deben integrarse por aplicación del art. 1º y 2º el orden público ampliado por estándares internacionales e internos de protección de la infancia, que se traduce en deberes de garantía oficiosos del juez, quien tiene, además, un deber de diligencia reforzada.

Sin embargo, si nada de lo reflejado aquí conmueve al lector, casi que se desearía, como alguna vez sugirió Jorge H. Alterini en una conversación, que al Derecho de familia al menos se le aplicaran los estándares más cuidados del Derecho de los contratos, que es más protectorio del orden público y de los derechos de terceros (entre los que se deben contar nada menos que a los niños que se seleccionan, se engendran huérfanos, se elige privar deliberadamente de uno de sus dos progenitores en el engendramiento o se paga por ellos como si fueran objetos, sin que, en muchos casos, la jurisdicción alce la voz por los derechos humanos y civiles en juego).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2526/2023

(10) Ya hemos tenido los primeros casos de voluntad procreativa en casos de niños que sobreviven a un aborto.

(11) El derecho a la privacidad familiar no garantiza el derecho a adoptar (“E.B. v. France” [GC], § 41; “Petithory Lanzmann v. France” (dec.), § 18). Tampoco asegura el derecho a convertirse en abuelo (“Petithory Lanzmann v. France” (dec.), § 20). Confirma esta hipótesis la reiterada jurisprudencia del TEDH que sostiene que los Estados no están obligados a legalizar la maternidad subrogada, más aún, reiteradamente ha convalidado decisiones de los Estados parte de no convalidarlas. Al respecto ver un resumen de los fallos del TEDH en BASSET, Ursula C. (con la colaboración de Mercedes Alés Uría), “Maternidad subrogada. Perspectivas del Derecho Internacional

de los Derechos Humanos” en Basset, Santiago, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, t. III, p. 249 y ss, especialmente p. 305 y ss.

(12) Por razón de brevedad únicamente, al igual que en el párrafo anterior, remitimos a nuestros comentarios a los arts. 560-563, que tienen análisis de vasta jurisprudencia compilada hasta la publicación de la obra en BASSET, Ursula C., “Código Comentado”, Hammurabi, Buenos Aires, t. 5B.

(13) TESSONE, Alberto José, “El deber de motivación de las sentencias”, 9 de enero de 1991, JA Nro. 5706, p. 5

(14) Evocar el art. 3 de la CDN es necesario: el interés superior del niño leído conjuntamente con sus derechos

de participación es esencial para dar lugar a una “participación protegida”.

(15) DALLA VIA, Alberto, “La relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal con especial referencia al derecho de familia”, en Dalla Vía, García Lema (eds.), *Estudios Constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, t. II, p. 257 y ss.

(16) Informes de 2019 y 2020 de la Relatora Especial de la ONU sobre la compra y venta de niños con especial referencia a la maternidad subrogada.

(17) Corte IDH, Caso “Fornerón vs. Argentina” (2012)

(18) Arts. 17 y 18 y ss. del Código Latinoamericano de Ética Judicial, leídos en conjunto.

(19) Arts. 10 y 17 Código Latinoamericano de Ética Judicial.

(20) Art. 14. Protocolo de San Salvador, que no forma parte de la Constitución Argentina y por eso tiene jerarquía inferior a la Convención sobre los Derechos del Niño.

(21) SUSTEIN, Cass, “Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes (Inalienable Rights)”, Oxford University Press, 2015.

(22) Al respecto ver el valioso análisis de proporcionalidad de BOLZÓN, Lorena, “La igualdad de las filiaciones” en BASSET, Santiago, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Familia y de las Personas*, Thomson, Buenos Aires, 2022, T. III, p. 185 y ss.

Rodolfo G. Jáuregui -  
Daniela N. Prado

Viene de p. 1

## I. Introducción. Los hechos del caso

El caso comentado (1) fue iniciado por la Sra. J.L.L., quien solicitó se otorgue autorización judicial para la continuación de un tratamiento de fertilización, con donación de material genético de quien en vida fuera su cónyuge; supliéndose la voluntad de este último.

Relató que, junto a su pareja, con quien había contraído matrimonio en el año 2003, tenían el proyecto común de formar una familia, y que aquel la había autorizado a utilizar su material genético criopreservado mediante un poder general amplio de administración y disposición a su favor, firmado el 22/2/2013. La peticionante sostenía que, de tal documento, surgía la exteriorización de la voluntad de este, en el sentido de darle amplias facultades para continuar el tratamiento que habían comenzado en el año 2016. Insistió en que la voluntad del fallecido permaneció inalterada hasta que se produjo su deceso en el año 2020.

La autorización fue desestimada en primera instancia por el Juzgado Nacional Civil N°25 (13/6/2023) y tal decisión fue luego confirmada por la Sala A de la Cámara Nacional Civil el 7/9/2023.

## II. Los argumentos jurídicos

En nuestro país la fertilización *post mortem* no se encuentra prohibida, pero tampoco está regulada, razón por la cual, para decidir al respecto, los magistrados intervinientes expresaron que correspondía interpretar la legislación vigente en materia de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y las cuestiones vinculadas.

Entendieron que cobraba fundamental importancia el concepto de *voluntad procreacional*, exteriorizada mediante el consentimiento previo, libre e informado, lo que constituía el eje rector para la realización del procedimiento solicitado. Agregaron, además, que conforme el art. 560 del CCyC, el consentimiento debe renovarse cabe vez que se procede a la utilización de gametos o embriones; y es revocable hasta tanto no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561 del CCyC).

Consideraron que, conforme los “Fundamentos”, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial la regla había sido la prohibición, admitiéndose la práctica solo cuando la pareja de la persona a la cual se le iba a transferir el gameto hubiera dejado expresada su voluntad de que en caso de fallecimiento aceptaba que su material reproductor sea inseminado dentro del año siguiente a su deceso. En esta línea, mencionaron que existía actualmente un proyecto de ley en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, según el cual el fallecimiento de una persona, mientras no se haya producido la inseminación de gametos o transferencia de embriones, equivale a la revocación del consentimiento oportunamente prestado.

La sentencia de primera instancia culminó considerando que el cónyuge de la actora no había prestado su consentimiento informado para que, luego de su muerte, la Sra. L. iniciara una TRHA de alta complejidad, con los game-

**SUMARIO:** I. Introducción. Los hechos del caso.— II. Los argumentos jurídicos.— III. Fertilización *post mortem*. Pautas de interpretación.— IV. Voluntad procreacional y consentimiento previo, libre e informado.— V. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad parental y el interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA).— VI. Conclusiones.

tos masculinos que se encontraban criopreservados. Justificó por qué razón se apartaba del criterio sostenido en otros precedentes jurisprudenciales en que se había resuelto en sentido contrario. Refirió que, en aquellos, se había valorado que a la luz de la Constitución Nacional —art. 19— y legislación interna, la fecundación *post mortem* no era una técnica prohibida y que con los elementos aportados se podía tener por acreditada —presumida— la voluntad del fallecido para ser padre.

Al respecto la Cámara sostuvo que no bastaba con que no exista una prohibición expresa para considerar que, en todos los casos, serían procedentes los pedidos tendientes a obtener la autorización judicial para realizar tratamientos de fertilización *post mortem*. Por el contrario, los vocales sostuvieron que la posibilidad de utilizar y transferir los gametos masculinos quedaba 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 podía presumirse, era de interpretación restrictiva y no podía ejercerse por representación.

Indicaron, en definitiva, que la solución giraba en torno a la voluntad procreacional de la persona fallecida y concluyeron que, en el caso, no había sido exteriorizada con el consentimiento informado otorgado para realizar la TRHA en el 2016, y su vigencia tampoco podía inferirse del poder de administración y disposición otorgado a la actora en el año 2013, máxime considerando el tiempo transcurrido desde su suscripción y el fallecimiento (2020), y desde el fallecimiento y el inicio del proceso (febrero 2023).

El tribunal de apelaciones agregó que, en el poder referido, no se había incorporado una cláusula que pudiera importar un acto de última voluntad, por lo cual este se había extinguido con el fallecimiento del mandante (art. 1963 inc. 3 del Cód. Civil y art. 1329 inc. e del CCyC). Tampoco existía un testamento —u otra disposición— que habilitara a la peticionaria a disponer de las muestras obtenidas para después de la muerte de su cónyuge.

## III. Fertilización *post mortem*. Pautas de interpretación.

El reconocimiento de distintas biografías familiares —entre ellas las que tienen como elemento constitutivo la dación de material genético— es el resultado del desarrollo que en el seno de la comunidad internacional tuvo y tiene la doctrina internacional de los derechos humanos. Nos encontramos ante una multiplicidad de variables: a) disociación entre mujer genética, gestacional y progenitora legal o entre dador de material genético y progenitor legal; b) pareja heterosexual —casada o conviviente— que concreta el proyecto parental con el recurso a material genético de dadores allegados o anónimo; c) parejas de mujeres —casadas o convivientes—, en la cual una asume el rol de madre gestacional y la otra el lugar de madre genética o una de ellas concentra ambos roles, recurriendo para esto a la dación de material genético de tercero dador conocido o anónimo; d) persona sola que decide construir familia con empleo de material propio o de personas dadoras conocido o anónimo; e) dos personas de distinto sexo que sin ser pareja concretan el deseo

recíproco de ser progenitores; f) distintos supuestos que derivan de la gestación solidaria, en muchos de las cuales concurre la dación de material genético; y muchas otras más. En todas debe garantizarse la efectividad plena de los derechos comprometidos en las TRHA con empleo de material genético de dadora/dador, como: derecho a la identificación; derecho a la filiación; derecho a la información y derecho a la identidad (2).

Receptando esta pluralidad el nuevo Código reguló la filiación por TRHA con un criterio amplio, comprendiendo el reconocimiento de las prácticas homólogas y las prácticas heterólogas. Explica Krasnow que se estará ante una inseminación o fecundación homóloga cuando se recurre al empleo de material genético propio de la pareja. En este sector, quedan comprendidas dos variables: a) la inseminación o fecundación realizada en vida de la pareja, y b) la inseminación o fecundación *post mortem*. Si bien en estos casos coexisten armónicamente verdad genética y voluntad procreacional, el vínculo jurídico filial siempre se definirá en función de la voluntad procreacional (art. 577, CCyC). En cambio, la inseminación o fecundación heteróloga se presenta cuando se utiliza material genético de una/un dadora/dador conocida/o o anónima/o. Al igual que en la homóloga, el vínculo filial se definirá con respaldo en la voluntad procreacional, sin importar la disociación que esta tiene con la verdad genética.

Más allá de esta amplitud, no todas las prácticas o circunstancias en las que las TRHA pueden tener lugar son expresamente consideradas por la legislación civil y comercial; con todo lo que ello significa a mérito de reconocer o desconocer las distintas formas de proyectar, constituir y vivenciar las familias que se originan a partir del avance científico. Tal es el supuesto de lo que la doctrina denomina fertilización *post mortem*, en alusión a la técnica que se lleva adelante luego del fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja y que incluye tanto a la fecundación de óvulos con semen criopreservado como la transferencia embrionaria de forma indistinta (3).

En este punto compartimos lo sostenido por la Cámara de Apelaciones respecto a que no basta con que no exista una prohibición expresa para considerar que, en todos los casos, proceden los pedidos tendientes a obtener la autorización para la fertilización *post mortem*. En primer lugar, porque entendemos que es un tanto contradictorio expresar por un lado que no está prohibida la práctica médica para después analizar si se cumplen ciertos recaudos, para finalmente habilitarla. En segundo lugar, porque implicaría relativizar aquel principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. En todo caso, aquí sí, y muy de manifiesto están en juego derechos de terceros: nos referimos fundamentalmente a los del hijo. Si es abordada y considerada solo como una práctica médica despojada de cualquier debate bioético jurídico, al no afectar la salud de la persona solicitante, nada habría que autorizar (4).

La doctrina está dividida en cuanto a la conveniencia y legalidad de la práctica. SambriZZi se ha pronunciado en contra, al igual que Úrsula Basset. Otros autores, así Mazzinghi y Ferrer, solo la entienden permitida como excepción, respecto de embriones ya crio-



LA LEY A.I.  
(Análisis Inteligente)  
by TR + Microsoft Copilot

### ¿Cuál es el tema jurídico debatido?

Se trata de la autorización judicial para la continuación de un tratamiento de fertilización con donación de material genético de un cónyuge fallecido. Los autores analizan el caso iniciado por la Sra. J.L.L., quien solicitó dicha autorización, pero fue desestimada en primera instancia y confirmada por la Sala A de la Cámara Nacional Civil. La discusión se centra en el concepto de “voluntad procreacional”, que debe ser exteriorizada mediante el consentimiento previo, libre e informado. Según los “Fundamentos” del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, la regla había sido la prohibición, admitiéndose la práctica solo cuando la pareja del fallecido hubiera dejado expresada su voluntad de que en caso de fallecimiento aceptaba que su material reproductor sea inseminado dentro del año siguiente a su deceso. En conclusión, la solución gira en torno a la voluntad procreacional de la persona fallecida y que, en el caso, esta no había sido exteriorizada con el consentimiento informado otorgado para realizar la TRHA.

conservados por voluntad del fallecido, por entender que la vida de la persona humana comienza con fusión de gametos, aun antes del implante. En sentido contrario, Santos Cifuentes escribía que ante el vacío normativo debía aplicarse el principio de libertad, y Gil Domínguez, comentando un fallo, dijo que la autorización posibilitó el amor después de la muerte, la felicidad más allá de la finitud, el alzamiento frente a la *Parca* presentada como un poder que se impone como intocable. Berger también se mostró de acuerdo, aunque debía regularse con estrictas pautas. En esa línea permisiva también se inscribe Vigo (5).

El Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial disponía en el art. 563, antes de su eliminación que: “En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

Adviértase que el artículo proyectado solo permite implantar embriones ya producidos al momento de la muerte, y no la transferencia de gametos, como sí parece surgir de los “Fundamentos” del Código Civil y Comercial citados en la sentencia que comentamos.

Por su parte, el proyecto de ley al que hace referencia el fallo anotado (6) propone incorporar al Código Civil y Comercial el artículo 561 bis, estableciendo que el falleci-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) JNCiv. N° 25, “L. J. L. s/Autorización”, 104832/2022, 13/6/2023, TR LALEY AR/JUR/122669/2023; CNCiv., Sala A, mismos autos, sentencia del 7/9/2023, TR LALEY AR/JUR/114636/2023.

(2) KRASNOW, Adriana N., “Niñas y niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida con material genético de terceros. Aspectos registrales”, RDF 108, 31, TR LALEY AR/DOC/90/2023.

(3) JFamilia Nro. 5, Avellaneda, “G., Y. E. s/ autorización judicial”, 31/12/2022, TR LALEY AR/JUR/190575/2022.

(4) JÁUREGUI, Rodolfo G., “La “autorización” de la fecundación *post mortem*”, LA LEY 30/08/2022, 9, TR LALEY AR/DOC/2535/2022.

(5) SAMBRIZZI, Eduardo, “Tratamiento de Procreación asistida con material genético de pareja fallecida. Pedido de autorización judicial”, LA LEY, 2016-D,

218; BASSET, Úrsula C., “Incidencia en el derecho de Familia del Proyecto de Código con media sanción”, LA LEY, 2013-F, 1056; CIFUENTES, Santos “Derechos personalísimos”, Astrea, Buenos Aires, 2008, 3ª ed., p. 481; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Filiación *post mortem* y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: Un fallo ejemplar”, LA LEY, 2016-D, 542; BERGER, Sabrina M., “Fertilización Asistida *Post Mortem*: Avance Jurispruden-

cial”, RCCyC 2016 (septiembre), 111; VIGO, Fiorella, “El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación *post mortem* en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, RDF 2016-IV, 187.

(6) 2149-D-2020, diputados nacionales Cristina Álvarez Rodríguez, Mónica Macha, Gabriela Beatriz Estévez, Jimena López, Leonardo Grosso, Laura Russo, Mara Brawer, Magdalena Sierra, María Rosa Martínez.



miento de una persona, mientras no se haya producido la concepción 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 b) la inseminación o la transferencia del embrión se produce dentro del año siguiente al deceso. Por su parte, dispone que queda prohibida la extracción *post mortem* de material genético.

El mismo proyecto plantea modificar el artículo 562, referido a la voluntad procreacional. Indica que “los/as nacidos/as por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quien o quienes prestan su voluntad procreacional manifestada en el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560, 561 y 561 bis, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. Y, por último, también el art. 2279 establece que pueden suceder las personas nacidas después de la muerte del causante mediante TRHA, de conformidad con lo previsto en los arts. 561 bis y 562.

En Derecho comparado existen distintos sistemas regulatorios que pendularmente recorren las distintas alternativas: legislaciones que establecen su prohibición expresa, legislaciones que la permiten y determinan las condiciones de realización y sus efectos jurídicos, y aquellas que, como la Argentina, optan por el silencio (7).

En general, los ordenamientos que la admiten regulan el instituto sobre la base de dos ejes centrales: a) el consentimiento previo e informado de la persona fallecida, como expresión de la autonomía de su voluntad, a fin de asegurar las condiciones de ejercicio de la voluntad procreacional y la continuación del proyecto parental. Y, b) el tiempo, estableciendo un límite máximo para la realización de la práctica, a fin de garantizar la seguridad jurídica de todas las partes involucradas: mujer gestante, los herederos y el niño que pudiera nacer de ella (8).

Este criterio, junto con el de las normas proyectadas, formó la argumentación de los operadores que han autorizado la práctica, considerando aun en forma más amplia la gama de posibilidades de fecundación *post mortem*, incluyendo no solo la transferencia de embriones criopreservados sino, además, la utilización de gametos del fallecido, como se decía en los “Fundamentos” del anteproyecto. Los que han negado dicha autorización, como el caso en comentario, lo han hecho fundamentalmente, porque no estaba probado el consentimiento de la persona fallecida. O sea, el centro o núcleo de análisis, parecería circunscribirse al cumplimiento de este recaudo.

#### IV. Voluntad procreacional y consentimiento previo, libre e informado

La generación de vida humana mediante TRHA nos enfrenta a un sinnúmero de situaciones inasibles mediante las soluciones legales previstas para la generación natural. Por ello el Código Civil y Comercial incorpora a la voluntad procreacional como nueva fuente de la filiación, pues el consentimiento informado expresado en legal forma da origen al vínculo

paterno o materno filial con la persona gestada, con independencia de la existencia o no de vínculo genético (art. 562, CCyC). No debe asimilarse la voluntad procreacional con la voluntad de ser progenitor, pues el concepto de la primera, como causa fuente del vínculo filial en la gestación médicamente asistida, implica necesaria y excluyentemente la expresión de un consentimiento previo, informado, libre, formal y sostenido, mientras que la voluntad de ser progenitor puede emerger de palabras, acciones o incluso inferirse de ciertas conductas de una persona (9).

El Código Civil y Comercial no brinda una definición del concepto. Según los “Fundamentos” el consentimiento procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por TRHA “con total independencia si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padre o madre, o de un tercero ajeno a aquellos. (...) Por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación, el acceso a las TRHA es admitido de modo amplio”.

Explica Galli Fiant que el grado de participación en la gestación varía según el caso, debido a la posibilidad de disociar la aportación de gametos, el proceso gestacional y la vinculación parental. Así, es posible que la pareja femenina o masculina de quien dará a luz carezca de toda participación física en el proceso gestacional por no ser aportante de gametos. Por ello, la voluntad es central y determinante, de ahí que el consentimiento que expresa dicha voluntad procreacional deba cumplir con los siguientes caracteres:

a) El consentimiento debe ser *previo* a la práctica médica tendiente a la gestación de una persona mediante técnicas de baja o alta complejidad.

b) Debe ser *actual*, es decir, renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos —de quien consiente o de terceros— o a la implantación de embriones humanos concebidos por técnicas extracorpóreas. En general los tratamientos con TRHA no se agotan instantáneamente en un único acto, sino que configuran un proceso dilatado en el tiempo. De allí que el art. 560 *in fine* exige que el consentimiento deba renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, demostrándose en cada intento que continúa vigente el proyecto parental que dio origen a la práctica.

c) *Revocable*. En concordancia con el carácter de actualidad, el consentimiento puede ser dejado sin efecto por quien lo ha expresado.

d) *Informado*. El requisito legal solo se satisface si la información comprende tanto los aspectos médicos como jurídicos involucrados en la reproducción humana asistida. El deber de informar compete al centro de salud interviniente.

e) *Libre*: debe ser expresión auténtica de la voluntad de la persona usuaria de las TRHA. La violencia ejercida para obtener el consentimiento, sea por fuerza o intimidación (arts. 276 a 278, CCyC), vicia la voluntad y no la hace apta para generar los efectos filiatorios previstos.

f) *Formal*: sin perjuicio de los requisitos específicos que deberán ser incluidos en la

ley especial, el Código exige la expresión del consentimiento por escrito, y su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

Con estos lineamientos, compartimos con la autora mencionada que la voluntad procreacional no se puede equiparar al consentimiento presunto o al deseo demostrado. No existe una vía jurisdiccional para suplir la ausencia del acto voluntario; y por ello no son pertinentes las pruebas que tiendan a reconstruir o inferir lo que la persona habría deseado y no expresó en legal tiempo y forma (10).

Esto nos ubica en posición coincidente con los magistrados que rechazaron el pedido de autorización en el caso que motiva este comentario. Es que si para la realización de las TRHA, el centro de salud interviniente debe recabar “el consentimiento previo, informado y libre de las personas”; si ese consentimiento “debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones” (art. 560 CCyC) y “es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión” (art. 561 CCyC) resulta imposible concluir que hay consentimientos presuntos para después de la muerte.

Las TRHA, incluida la fertilización *post mortem*, ponen en crisis la mirada unidimensional y excluyente que asocia a la maternidad y la paternidad con lo natural o los lazos bio-genéticos; y en su remplazo, colocan en el centro de la escena la voluntad procreacional. Si este entramado se construye sobre la autonomía y la libre determinación de las personas para elegir su plan de vida, el cual incluye el derecho a elegir procrear o no hacerlo, así como el cuándo, cómo y con quién; va de suyo que el consentimiento presunto —construido sobre la base de entender que, como la persona prestó el consentimiento para criopreservar, es presumible que ese consentimiento se mantiene edificado sobre la base de los deseos expresados por parte de ciertos familiares o allegados— no solo deviene insuficiente para correr a un lado la regla básica que imposibilita utilizar los gametos o embriones sin la correspondiente actualización del consentimiento informado, sino que, además, al involucrar la sustitución de la voluntad de la persona titular del derecho, afecta sus derechos personalísimos. En esa lógica, la actualidad como nota típica que informa todo el régimen asociado a las TRHA únicamente puede ceder en aquellos supuestos de fertilización *post mortem* en los que la persona fallecida haya prestado un consentimiento expreso para la utilización de los gametos o embriones con fines reproductivos luego del deceso (11).

Lo contrario implicaría aceptar que se puede mutar la voluntad del fallecido de realizar un proyecto conjuntamente delineado, a uno de naturaleza monoparental, motivado unilateralmente por el sobreviviente. No es que se niegue el proyecto individual de este último, pero sí, eventualmente, en el caso que se decidiera sostener un proyecto de ese tipo, no tendría que realizarse por encima de la voluntad del dador del material genético.

Incluso una correcta visión desde la perspectiva de género, en el sentido de colocar bajo escrutinio aquellos estereotipos socio-culturales que enlazan a la feminidad con la maternidad, así como a la masculinidad con un periférico rol familiar, traducido, par-

ticularmente, en el imperativo de contribuir, mediante material genético propio, a la realización de un proyecto vital completamente externo, ajeno (12), imponen considerar que la voluntad procreacional no puede ser presumida, sin que ello resulte violatorio de la autonomía personal y familiar de la persona fallecida.

#### V. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad parental y el interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA)

Aquí tocamos lo medular de la cuestión: ¿Cuáles son los límites, en definitiva, del ejercicio de los deberes-derechos emergentes de la responsabilidad parental, los que deben ser ejercidos “regularmente”? Es el punto central, porque a la decisión que es fundacional de la vida misma del hijo no se la puede escindir de la responsabilidad parental. Es una paternidad consciente en el sentido de que no es accidental. Es posibilitada por alguien que sabe perfectamente que no podrá ser el padre, pese a su deseo: ¿Se puede ejercer un derecho reproductivo para que se efectivice diferidamente después de la muerte de la persona? En realidad, si el efecto es diferido, ¿quién ejercerá ese derecho reproductivo en definitiva? Privilegiar la voluntad de las personas a tal punto de permitirles que puedan “disponer” la procreación más allá de su propia muerte, sin poder responsabilizarse objetivamente en nada de la crianza del nacido —más que, en algunos casos, dejando en herencia bienes materiales (cuestión que en nuestro derecho es bastante discutida)—, es algo que parecería otorgarle un espacio quizás desmesurado a esa libertad, una preponderancia que *a priori* parecería no vislumbrarse como lo más importante: la satisfacción de las necesidades de la persona que nacerá de las prácticas (13).

Los principios de libertad, autonomía e igualdad de los roles parentales han diseñado un nuevo orden público familiar y matrimonial a la luz del paradigma axiológico imperante. El nuevo ordenamiento receptó la democratización de las estructuras familiares. Se impone como desafío “superar las discriminaciones que la han marcado históricamente, fundadas en los aspectos más sensibles de la vida personal y familiar: la condición de la mujer, la orientación homosexual o el estatus familiar no matrimonial”, sin olvidar que, de ser necesaria una distinción o diferencia, estas deben ser razonables (14).

Ahora bien, por el otro lado, el derecho humano a la vida íntima y familiar y, en particular, las relaciones de parentesco, reconocen al niño como sujeto de derechos y tutelan su interés superior. El art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) reglamenta la relación parental como una función, abandonando el concepto de potestad. Y así la recoge el art. 638 del CCyC, para la protección y desarrollo integral del niño. La fertilización *post mortem* vulnera totalmente el derecho humano personalísimo de la persona que nacerá de aquella práctica a conocer a uno de sus padres y a ser cuidado por este (15).

La doctrina nacional ha mostrado una fuerte resistencia a la aceptación de la filiación *post mortem* en las TRHA, argumentándose que equivale a tolerar la posibilidad de que un niño nazca deliberadamente sin padre. Quienes acuerdan con este punto de vista, afirman que la pérdida de un padre siempre es considerada como una situación indeseable y dolorosa para la salud emocional de un niño, pero que dicha situación resultaría inaceptable cuando se pretende imponer por deseo de sus

(7) Ver al respecto el análisis realizado en JÁUREGUI, Rodolfo G., La “autorización” de la fecundación *post mortem*, ob. cit.; FAMÁ, María Victoria, “La filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida”, SJA 05/02/2014, 3, TR LALEY AR/DOC/4861/2014.

(8) FORNARI, María Julia, “El consentimiento en la ferti-

lización *post mortem*”, RCCyC 2022 (junio), 146, TR LALEY AR/DOC/866/2022.

(9) GALLI FIANT, María Magdalena, “Voluntad y filiación”, LLPatagonia 2018 (diciembre), 2, TR LALEY AR/DOC/1523/2018

(10) *Ibidem*.

(11) En este sentido CNCiv., sala B, “D., M. H. y otros/s/ au-

torización”, 03/04/2018, TR LALEY AR/JUR/12809/2018, y JFamilia Nro. 5, Avellaneda, “G., Y. E. s/ autorización judicial”, ob. cit.

(12) GRAFEUILLE, Carolina E., “Cuando el abordaje de la reproducción humana asistida, en clave de autonomía, se impone”, LA LEY 04/04/2023, 5, TR LALEY AR/DOC/718/2023.

(13) JÁUREGUI, Rodolfo G., La “autorización” de la fecundación *post mortem*, ob. cit.

(14) CIDH, en su OC 4-84 citada por DI FILIPPO, María Isabel, “Aporías que plantea la filiación”, LA LEY, 2018-C, 811, TR LALEY AR/DOC/1084/2018

(15) JÁUREGUI, Rodolfo G., La “autorización” de la fecundación *post mortem*, ob. cit.

propios progenitores, por fuerte que sea ese deseo (16).

Así se ha expresado que quien engendra debe asumir en toda su dimensión y radicalidad la progenitorialidad. Para eso, el derecho dispone reglas para reconstruir la parentalidad. Pero, si estas no funcionaran, prevé remedios compulsivos (17).

Otros, en cambio, advierten lo que es evidente: la organización familiar ha cambiado; y muchos niños y niñas nacen por fuera del vínculo conyugal, como ocurre con las convivencias de parejas heterosexuales, las familias monoparentales y las familias homoparentales. Todos esos modelos de familia deben ser contemplados para tener una mirada que abarque el tema en todos sus aspectos y con noción de realidad. En este sentido la Corte IDH ha expresado que “la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas” (18).

Famá señala, por otra parte, que la generación de vínculos filiatorios entre un niño y una persona fallecida se remonta al Código Civil, y actualmente al art. 605 del CCyC, que lo admite en materia de adopción, cuando prevé que si la guarda se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período

legal se completara después del fallecimiento de uno de los guardadores, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. Citando a Pérez Gallardo indica que el tema no se pueda calibrar solo desde el ámbito jurídico, necesita un enfoque multi y transdisciplinario. La inseminación *post mortem* no solo implica retos a la imaginación humana, a la manera en que estructuralmente tenemos diseñada la familia, sino también a los parámetros en los que concebimos la educación y formación de un hijo (19).

Por lo cual, pese a las críticas que el instituto nos merece, lo cierto es que su regulación deviene necesaria, a fin de conjugar el respeto de la voluntad procreacional y el interés superior de los niños habidos de tales prácticas. En este sentido, si ya resulta perjudicial nacer sin madre o padre vivo, una debida restricción de sus derechos de filiación no haría sino profundizar más la carencia o el daño que ello conlleva (20).

## VI. Conclusiones

Se ha sostenido que si la voluntad procreacional, en general, produjo la construcción de un nuevo orden simbólico con relación a los que siguen viviendo, la fertilización *post mortem* amplió aún más los contornos de este orden simbólico respecto de los que se fueron, pero su voluntad procreacional subsiste en

una de las principales fuentes de la vida como lo son los hijos y las hijas (21).

Sin embargo, ¿resulta ello justificable? ¿qué posición corresponde asumir ante el conflicto entre el derecho a procrear y el de los NNA a desarrollarse en un ambiente propicio en el que estén presentes todos sus referentes parentales? ¿Cómo se inserta ese nuevo orden simbólico con el ejercicio de una paternidad responsable, en una sociedad que también busca sancionar al padre ausente material y afectivamente?

Graciela Medina ha expresado: “La negativa de la existencia de un derecho a la procreación no nos convence, porque no nos podemos explicar por qué este es reconocido cuando se trata de la procreación natural y negado cuando es asistida” (22). Es claro que la cuestión reside en establecer cuáles han de ser los límites que este derecho debe tener cuando se trata de la fecundación con TRHA.

Frente a una disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional, inclinamos la balanza a favor de la segunda, por ser el fiel reflejo del deseo de asumir la maternidad o paternidad.

Ahora bien, si la voluntad procreacional se identifica como “...el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su

educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno-filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo” (23), esa voluntad sostenida para después de la muerte plantea muchas inconsistencias.

Advertimos que la falta de regulación de la fertilización *post mortem*, genera una manifiesta inseguridad jurídica, al dejar librado a la discrecionalidad judicial aspectos trascendentes vinculados a la voluntad procreacional, filiación e identidad.

Por ello, propiciamos que —de admitirse la practica— se exija el consentimiento expreso de la persona fallecida en orden a continuar una TRHA después de su muerte. Consideramos, al igual que el fallo anotado, que la crioconservación de gametos no constituye un indicio de la voluntad procreacional, ni significa presunción del consentimiento para la práctica de una TRHA del participante fallecido. Debe interpretarse restrictivamente el consentimiento informado para el uso de gametos *post mortem*, el que debe ser manifestado en forma clara, libre y deliberada en el sentido indicado, nunca presunta.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2527/2023

(16) JNCiv. N° 98, “E., R. A. s/ autorización”, 1/2/2022, TR LALEY AR/JUR/51098/2022.

(17) BASSET, Úrsula C., “La democratización de la filiación asistida”, LA LEY, 2014-F, 609, TR LALEY AR/DOC/3594/2014

(18) Corte IDH, caso “Fornerón e hija c. Argentina”, fon-

do, reparaciones y costas, 27/04/2012.

(19) FAMÁ, María Victoria, “La filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida”, SJA 05/02/2014, 3, TR LALEY AR/DOC/4861/2014.

(20) HERRERA, Marisa - CARRANZA CASARES, Carlos A., “La fecundación “*post-mortem*” y su incidencia en el de-

recho de filiación”, LALEY 0029/000037.

(21) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Filiación *post mortem* y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar”, ob. cit.

(22) MEDINA, Graciela, “¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (La solución en la jurisprudencia norteamer-

icana y francesa)”, LALEY 0003/001357.

(23) GONZÁLEZ, Mariana E., “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial”, Sup. Esp. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental* 20/05/2015, 27, TR LALEY AR/DOC/1296/2015.

## María Victoria Schiro

Viene de p. 1

### I. Introducción

El caso de filiación *post mortem* propuesto para el análisis, fue objeto de dos resoluciones judiciales, que coincidieron en su negativa a autorizarla. Los elementos ponderados para la decisión determinaron, como explica el decisorio de primera instancia que “no se verifican en el caso, ni pueden presumirse, indicios suficientes que den cuenta de la existencia de un consentimiento informado previo y expreso, para la realización de una Fertilización *Post Mortem*, utilizando el material genético criopreservado del cónyuge fallecido, recaudo este que —como es sabido— es de interpretación restrictiva y no puede ser suplido, por tratarse de un derecho personalísimo (arg. art. 55 del CCyCN)”.

Consentimiento informado, voluntad procreacional y derechos personalísimos comportan una tria ineludible que en lugar de flexibilizarse debe potenciarse al momento de decidir judicialmente sobre prácticas que quedaron fuera de la regulación expresa que trajo consigo la normativa civil y comercial. Máxime, porque estamos frente a derechos reproductivos, donde la sustitución o subrogación del consentimiento no cabe ser sostenida. Por ello, en lo que sigue, procuraremos, a partir del caso en comentario, sostener nuestra postura en torno a la voluntad procreacional como expresión del ejercicio de derechos reproductivos, lo que determina que el consentimiento que la contenga siempre será libre, previo, informado, formal, expreso (por oposición al presunto y entendiéndolo como específico para llevarse adelante una fertilización *post mortem*), revocable y

que debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

### II. El caso y su resolución judicial

El caso que comentamos parte de una solicitud efectuada por la cónyuge superviviente encaminada a que se otorgue autorización judicial supletoria de su esposo fallecido para la continuación del Programa de Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI) iniciado en vida de este último con donación de material genético de su parte. Daremos cuenta de la cronología que exhibe el caso, puesto que los tiempos en que cada suceso y cada petición acaecieron son una parte relevante de los fundamentos de la decisión en ambas instancias.

El 21 de febrero de 2013, el Sr. S se realiza una biopsia testicular, obteniéndose muestras que se encuentran almacenadas en nitrógeno líquido.

Al día siguiente, 22 de febrero de 2013, el causante otorga poder amplio de administración y disposición a favor de su esposa, que establece “Así también queda autorizada para la cantidad de veces que se considere necesario de las muestras de semen del compareciente, las cuales se hallan en el laboratorio de Seremas...”

El 30 de mayo de 2016, ambos cónyuges suscribieron el consentimiento informado sobre Fecundación Asistida, para la realización de un tratamiento de fertilización *in vitro*. El día 15 de diciembre del año 2016 se realiza, por indicación de la médica tratante, la aspiración folicular de la señora, no obteniéndose ovocitos viables para el tratamiento, con lo cual no se puede avanzar sobre el mismo.

El cónyuge fallece en septiembre de 2020.

En marzo de 2022 la actora inicia ante el Juzgado Nacional en lo Civil N°20 una ac-

ción de *habeas data* contra Seremas Fénix Medicina S.R.L., a fin de que dicha sociedad proporcione información relacionada con el procedimiento ICSI + Crioconservación de embriones brindado a la demandada y a quien fuera su cónyuge fallecido. En dicha causa, la cónyuge solicitó, como medida cautelar, que se ordene a la clínica de fertilidad practicar la TRHA con la muestra de gametos masculinos crioconservados de su esposo fallecido y con ovodonación. Tal medida fue desestimada por exceder el marco del proceso de *habeas data*, por lo que se le hizo saber a la peticionante que debía ocurrir por la vía y forma correspondiente.

Finalmente, en el marco de la tramitación en primera instancia de la solicitud de fertilización *post mortem*, esta es desestimada (1). Negativa que es confirmada en la Alzada (2).

En lo que sigue reflexionaremos sobre la regulación actual de la voluntad procreacional en el Derecho argentino y cómo tales premisas normativas pueden echar luz sobre las respuestas a brindar a los casos no captados expresamente por la norma (como es el supuesto de la fecundación *post mortem*), en el camino de construcción de los contornos de la voluntad procreacional como manifestación del ejercicio de derechos reproductivos.

### III. La reglamentación de la voluntad procreacional en el Derecho argentino. Breve reseña de su caracterización en materia de filiación *post mortem*

El Código Civil y Comercial introdujo una tercera fuente filial (las TRHA) y con ello la incorporación al derecho positivo de un concepto cuya relevancia social era innegable pero cuya consagración normativa selló definitivamente su fuerza jurídica: la voluntad procreacional. Como todo instituto, concepto, práctica, herramienta que se incorpora al ordenamiento positivo, la voluntad procrea-



### ¿Cuál es el tema jurídico debatido?

El caso de filiación *post mortem* en análisis fue objeto de dos resoluciones judiciales, que coincidieron en su negativa a autorizarla. La autora reflexiona sobre la regulación actual de la voluntad procreacional en el Derecho argentino y cómo tales premisas normativas pueden echar luz sobre las respuestas a brindar a los casos no captados expresamente por la norma (como es el supuesto de la fecundación *post mortem*), en el camino de construcción de los contornos de la voluntad procreacional como manifestación del ejercicio de derechos reproductivos. El decisorio en análisis se alinea con una posición respetuosa de los derechos reproductivos en tanto derechos humanos. En el caso particular, acudir a las técnicas de reproducción humana no “suspende” las garantías que rodean a la voluntad procreacional y su expresión, el consentimiento informado.

cional atraviesa una etapa de consolidación/construcción de sus caracteres definitorios y con ello de sus contornos. Y si bien frente a prácticas reguladas específicamente en el Código hay una mayor certidumbre en torno a su caracterización integral, con relación a aquellas que quedaron fuera del marco regulatorio la voluntad procreacional requiere de una interpretación y aplicación que “construya su identidad” en tanto elemento determinante de la generación de vínculos filiales.

En primer lugar es fundamental establecer que la construcción de la identidad filiatoria en el Derecho reglamentario, y por tanto los términos de su garantía, difiere en las diferen-



tes fuentes de la filiación. En el caso particular de las TRHA, es la voluntad de llevar adelante un proyecto parental, expresada a través del consentimiento previo, formal, informado y libre (art. 562 CCyC), la que tiene aptitud emplatatoria; y donde el derecho a conocer los orígenes se encuentra circunscripto (art. 563 CCyC), porque el dato genético/biológico no es el central, sino el volitivo. “La voluntad procreacional así entendida, o sea, desde una perspectiva holística o capaz de ser conteste y coherente con sus conquistas en sentido amplio, al igual que la socioafectividad, modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico e inspira el contenido multifacético de este derecho” (3).

Si bien el consenso en torno a la conjunción voluntad procreacional y consentimiento informado, y a su necesidad de renovación y posibilidad de revocación, se consolidó a partir de su consagración en el Código Civil y Comercial en el art. 560 y ss., situaciones como la muerte nos devuelven a la necesidad de redoblar esfuerzos para reafirmar la vigencia y legitimidad de esa dupla y sus contextos de aplicación (sin excepción). “La relevancia jurídica de la dupla voluntad procreacional y consentimiento informado se la aprecia en toda su extensión cuando se enfrentan ante ciertos hechos, como lo son la ruptura de la pareja o el fallecimiento de alguno de los miembros (...)” (4).

Vale, en primer lugar y a tales fines, volver sobre la letra de la norma proyectada, pues ello construye el sentido de sistema con que sus autores pensaron su letra. Así como la filiación *post mortem* se inscribía en el sistema que hoy rige en materia de filiación por TRHA en Argentina, de igual modo su necesidad de validación jurisprudencial frente a la ausencia de regulación expresa, también debe atender al constructo normativo en el cual se inserta.

La letra proyectada establecía: “Artículo 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 sus gametos o embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso” (5).

En las previsiones del Anteproyecto, la voluntad procreacional en orden a la filiación *post mortem* debía ser expresa y específica, estar instrumentada en la forma prevista para el

otorgamiento del consentimiento informado para las TRHA o bien a través de testamento y llevarse a cabo en el plazo máximo de un año.

Ahora bien, la senda que la jurisprudencia tomó puede clasificarse en tres despliegues fundamentales: a) El seguimiento de las pautas generales orientadoras en torno a la voluntad procreacional para la filiación *post mortem* que consagraba el anteproyecto; b) Desbordar dichos contornos y asumir un criterio de voluntad presunta; c) Desentenderse de la voluntad (expresa o presunta) de la persona fallecida, y proceder a la extracción compulsiva de los gametos *post mortem*.

El primer grupo, entre los que se cuentan los decisorios en análisis, desestiman la figura del consentimiento presunto. El pronunciamiento de Cámara, dispone con cita de Notrica (6) con relación al consentimiento informado que plasma la voluntad procreacional que “ese consentimiento debe ser previo, informado y libre y constituye el ejercicio de un derecho personalísimo. Tal como se establece en los arts. 55 y 56 del mentado Código, resulta indubitable que el consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable, y se completa con el siguiente artículo al disponer que el consentimiento para determinados actos no puede ser suplido. Y en caso de duda, se entenderá que este no ha sido otorgado. Por lo que, entonces, no caben dudas que este es un derecho personalísimo, pues a través de su suscripción el usuario de TRHA decide autónomamente, con plena información y libertad, someterse a ella; es decir, que refleja el acto médico en sí mismo a través de la previa y completa información y, asimismo, en este doble carácter que adquiere en el uso de las técnicas, instrumenta la voluntad procreacional con relación al niño/a que nazca. Ahora bien, tal como se requiere, el consentimiento debe ser actual y, en el caso de que una persona fallezca, esto es materialmente imposible, razón por la cual, debe constar su voluntad en algún documento en el que habilite a utilizar sus gametos o embriones formados con ellos, aun luego de su desaparición física; es que el ejercicio de este derecho personalísimo no puede presumirse. En definitiva, resulta trascendental contar con el consentimiento expreso del fallecido por medio del cual habilita a utilizar su material genético posterior a su muerte”.

En el mismo sentido el fallo del Juzgado Civil Nro. 7, a cargo de la Jueza Myriam Cattaldi (7), expresa que “...lo cierto es que no coincido con algunos de argumentos en los que se basaron los fallos reseñados precedentemente. Por ejemplo, cuando acuden al uso de la figura del consentimiento presunto para otorgar autorización para el uso de las gametas masculinas del marido fallecido ya que considero, afectaría los derechos personalísimos del causante, supliendo dicha voluntad expresa, mediante el deseo expresado por parte de la familia del difunto y la aquí peticionante (ver las declaraciones

testimoniales obrantes a fs. 47 y 49); u otros argumentos como la no oposición de los parientes y la cesión de derechos hereditarios, sin reconocer pese al vacío legal, la vital importancia que tiene la voluntad procreacional como nueva generadora de vínculos filiales”.

Podemos incluir dentro de este género de decisorios a aquellos que reconocieron la voluntad expresa para la fecundación *post mortem*, en la medida que aquella se encontraba documentada conforme las indicaciones del Anteproyecto. Así, en un fallo del Juzgado Nacional Civil 98, donde obraba un testamento en el que se volcó la voluntad procreacional específica para la filiación *post mortem*, se dijo “Al respecto, debo decir que en el caso no es necesario argumentar demasiado sobre la voluntad procreacional de I., ya que prestó un testamento por acto público en donde plasmo de la manera más clara, repetida y notoria posible su libre voluntad de continuar con su proyecto de familia con R. No se trató de cualquier acto ni de un deseo que deba presumirse. Aquí se trató de su última voluntad” (8).

Esto ratifica la necesidad de instrumentar dicha voluntad válidamente. En el caso en comentario se esgrime como fundamento por la peticionante la existencia de un “poder general amplio de administración y disposición”, donde se incorpora una cláusula como la comentada al inicio. Conforme expresa acertadamente la Cámara, “Más allá de la deficiente redacción dada a la citada cláusula, no surge que el Sr. S. haya autorizado a la peticionaria a disponer de las mencionadas muestras para después de su muerte. Es decir, los términos del poder permiten sostener que en el mandato no se ha incorporado una cláusula que pueda importar un acto de última voluntad. En virtud de ello, cabe señalar que el poder invocado por la quejosa se ha extinguido con el fallecimiento del mandante (conf. art. 1963 inc. 3 del Código Civil y art. 1329 inc. e del Código Civil y Comercial)”.

En el segundo grupo, un nutrido conjunto de fallos se vuelca a reconstruir a través de la producción de prueba en el proceso, la voluntad de la persona fallecida cuyos gametos (o embriones formados a partir de estos) se hallaban criopreservados. Esto es, presumen tal voluntad procreacional dirigida a la filiación *post mortem*, aun cuando el consentimiento no se hallaba expresamente otorgado y se suplió con autorización judicial la renovación del consentimiento. Si bien el decisorio que fue tomado como referencia en este aspecto se dictó años antes de la sanción del Código Civil y Comercial, y aún antes de la presentación del Anteproyecto, los posteriores ya contaban con la regulación proyectada o bien con el sistema de filiación por TRHA vigente. No obstante, optaron por echar mano a la presunción.

Así, el fallo del Tribunal de Morón, del 21 de noviembre de 2011 (9), admite la filiación

*post mortem*. Para dar curso a la petición de la mujer, el Tribunal recurre a la figura del “consentimiento presunto”, el cual reconstruye con base en las pautas brindadas en el proceso. Así, entiende que el cónyuge fallecido prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación, y la conformidad se mantuvo por los nueve meses que sobrevivió. Estaba a su alcance revocar el consentimiento prestado y no solo no lo hizo sino que sus padres y hermana, entrevistados en el Tribunal confirman su deseo de ser padre que con el nacimiento se concretaría el sueño del matrimonio. En la misma senda, pero ya referido a la transferencia de embriones, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4 de Santa Rosa (10), decide hacer lugar a la cobertura integral de la fertilización asistida *post mortem* con la diferencia que en el caso se trataba de la transferencia de embriones criopreservados. No obstante, se expide sobre la voluntad procreacional en estos términos: “...más allá de que en este proceso no se esté discutiendo la filiación *post mortem*, entiendo que no existen razones para dudar de que voluntad procreacional expresada por el varón (ver fs. 82) solo cuarenta y nueve días antes de fallecer imprevistamente (ver partida a fs. 22) se hubiera mantenido. Tampoco las hay para presumir que quien a través de su pareja el complejo proceso de una reproducción asistida, con las implicancias físicas y emocionales que ello conlleva, en pos de concretar un proyecto familiar común lo hubiera revocado en tan breve lapso” (11).

En otro género de supuestos decididos por la justicia, existía una autorización para que la cónyuge o conviviente supérstite “decidiera el destino de los gametos o embriones” en caso de que ocurriera el fallecimiento. Tal disposición, ¿constituye una decisión expresa e informada en torno al ejercicio de derechos reproductivos *post mortem*? Nuestra posición es colocar dichos pronunciamientos en el universo de supuestos de consentimiento presunto. La necesidad de reconstrucción de la voluntad de la persona fallecida en el marco del proceso, tal vez en parte por los déficit en el proceso de consentimiento informado y su plasmación escrita, nos inducen a dicha ubicación (12). Un ejemplo de ello es el caso decidido por el Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 3 en 2014 (13), donde se tiene por acreditada la voluntad procreacional, mediante el contrato suscripto para la criopreservación de esperma en el cual se autorizó a la demandante a retirar las muestras de semen en caso de que ocurriera el fallecimiento (confeccionado en un centro médico de fertilización humana asistida) y las declaraciones testimoniales rendidas (donde, por ejemplo, uno de los testigos aduce que el fallecido le contó que quería que las utilizaran para realizar el tratamiento, aun después de su fallecimiento) y, por ende,

(3) DE LA TORRE, Natalia - SILVA, Sabrina A., “Análisis retrospectivo y prospectivo del derecho filial argentino”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa (Directoras), de la Torre, Natalia (Coordinadora), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo VI-B, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2023, ps. 140-141.

(4) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia E., “Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”, *La Ley*, Buenos Aires, 2018, p. 467.

(5) El Proyecto, en cambio, fue más restrictivo, ya que solo aludió a los embriones criopreservados, mas no a los gametos: “Artículo 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 artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b. la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”

(6) NOTRICA, Federico P., “Fertilización *post mortem*: un nuevo rechazo judicial”, *RDF* 2023-III, 39, *TR LALEY AR/DOC/880/2023*

(7) JNCiv. N° 7, 02/2020, autos C., E s/ autorización. *TR LALEY AR/JUR/158/2020*. En sentido denegatorio, con fecha previa puede citarse la sentencia de la CNCiv., sala B, “D., M. H. y otros s/ autorización”, 03/04/2018, *TR LALEY AR/JUR/12809/2018*, que confirma el fallo del Juzgado Nacional Civil Nro. 7, que denegara la autorización solicitada por los padres de la persona fallecida y la conviviente solicitaron para que se llevara a cabo el procedimiento de fecundación

*post mortem* con los gametos criopreservados. La Cámara, con relación al consentimiento afirma que admitiendo que el contrato destinado a la criopreservación de gametos fue firmado por M. H. D., siguiendo instrucciones de su hijo con la finalidad de iniciar un tratamiento de reproducción humana asistida con su conviviente (ante la inminencia de ser sometido a un tratamiento médico de quimioterapia que lo dejaría estéril), solamente podría inferir de tales hechos un consentimiento tácito para realizar una técnica de reproducción asistida al finalizar la quimioterapia, pero ello no permite presumir que S. D. consintió que ese material genético fuese utilizado por su conviviente después de su muerte.

(8) JNCiv. N° 98, “E.R.A s/autorización”, 01/02/2022, *TR LALEY AR/JUR/51098/2022*.

(9) T Familia N° 3 de Morón, “G., A. P.”, 21/11/2011, *TR LALEY AP/JUR/289/2011*.

(10) J Civ., Com., Lab. y Min. N° 4, Santa Rosa, “A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempres/ amparo”,

30/12/2015, *TR LALEY AR/JUR/87457/2015*.

(11) La sentencia fue confirmada por la Cámara de apelaciones, y también por el ST La Pampa, el 31/10/2017.

(12) Cabe insistir con que el consentimiento informado, sea cual fuere el procedimiento para el cual se solicita, es un proceso y no un acto instantáneo. Y cuando se trata de decisiones reproductivas, como es el caso de acceso a las TRHA, cabe brindar la información completa y que esta plasme expresamente. Ello incluye no solo designar a la persona que decida el destino de los gametos o embriones, sino también determinar los posibles destinos del material genético, entre los que se incluyen la transferencia para que la supérstite continúe el proyecto parental conjunto, lo que implica la determinación de la filiación con relación al disponente, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica

(13) JNCiv. N° 3, “K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo”, 03/11/2014, *TR LALEY AR/JUR/53958/2014*.

el fallo dispone se confiera la autorización para la realización del tratamiento de fertilización asistida solicitada. De igual forma, el Juzg. de Fam. n.º 4, 29/04/2021 (14), se expresa que ambos prestaron el consentimiento informado para la criopreservación de embriones, documento en el cual expresamente se determinó que su objeto era el futuro descongelamiento de embriones y su transferencia uterina. Estipulándose además que, en caso de fallecimiento de uno de los firmantes, el superviviente decidiría sobre el futuro de los embriones. El fallo entiende clara la postura del integrante de la pareja fallecido, en cuanto a brindar su consentimiento con el proceso de utilización del embrión crioconservado. Expresa que si bien es cierto que la norma legal exige dicho consentimiento para cada uno de los procedimientos, también lo es que, una vez que lo brindara y estando en curso el embarazo como producto consecuente (que con fecha 08/02/2018 se había detenido), la pareja falleció (el 31/12/2017), habiendo sido la brindada una de sus últimas manifestaciones de voluntad, al igual que la disponibilidad por parte del cónyuge superviviente de la decisión acerca del embrión que permaneciera crioconservado.

El último grupo lo integran las sentencias que disponen la extracción denominada “compulsiva” (15), donde nos alejamos cada vez más de la voluntad expresa y específica que postulamos. Un caso es el de extracción de gametos del cadáver, como el que dispone la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/2014, en autos “S. M.C. s/ medida autosatisfactiva” (16). La actora apela la sentencia que rechazó su pedido de autorización para someterse a una TRHA con los gametos de su cónyuge fallecido, que fueron extraídos luego de su muerte a raíz de una autorización judicial.

(14) Familia N.º 4, “A., M. I. s/ autorización judicial”, 29/04/2021 (sentencia no firme).

(15) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia E., “Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales”, ob. cit., p. 543.

(16) Podemos incluir en este grupo el caso en que se pretendía la extracción respecto de una persona en estado vegetativo, lo cual reviste de todos modos el carácter compulsivo de la extracción. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “M., J. A. s/ autorización judicial (f) s/ casación”, 26/02/2018, inédito, citado por: HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia E., ob. cit., p. 580 y ss.

(17) Compartimos el concepto que brinda Brown, que deslinda los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos e incluye a las técnicas de reproducción humana asistida en los primeros: “Derechos Reproductivos o Derechos Sexuales y Reproductivos” o (no)reproductivos, como prefiero llamarlos, son términos polémicos y relativamente

Nuestra postura en contra de sostener y admitir la voluntad presunta en materia de filiación *post mortem*, además de anclar en las razones brindadas al inicio del desarrollo de este acápite, se vincula estrechamente con entender que la voluntad procreacional y el consentimiento que la contiene son la expresión del ejercicio de derechos reproductivos (17).

El derrotero seguido a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la materia (18) determina el carácter de derechos humanos de los derechos reproductivos, debiendo observarse a nivel de derecho reglamentario una regulación que se alinee con su respeto y garantía. Uno de los elementos centrales en la regulación de los derechos reproductivos lo constituye el consentimiento informado. Consentimiento que, respecto de este tipo de derechos, desde la niñez se asume como personal y no subrogado (19) (expresión de voluntad concomitante al acto o manifestada de modo expreso y específico en directivas anticipadas instrumentadas como lo disponía el Anteproyecto); y que a la vez debe seguir los lineamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estipuló con relación al consentimiento informado en el caso *I. V. vs. Bolivia* (20), pues la fuerza expansiva de sus postulados determina que sus lineamientos sean extensibles a otros supuestos distintos al específico dispuesto en el caso (anticoncepción forzada e irreversible), como es el caso de las TRHA (21).

En suma, “Desde nuestro punto de vista, pese a las argumentaciones expuestas, la falta de acreditación de la existencia de voluntad procreacional para el supuesto específico de muerte posterior inhabilita la posibilidad de autorizar judicialmente la FPM. En otras palabras, la existencia de un consentimiento para la realización de TRHA en vida

recientes que aluden simultáneamente a tres asuntos: 1) los derechos relativos a la seguridad en el embarazo, parto, puerperio pero también acceso a asistencia y tratamientos de fertilización asistida; es decir aquellos eventos relacionados con la reproducción; 2) los derechos relativos a decidir si tener o no hijos o hijas, a decidir con quién, cómo y cuántos y a tener los medios seguros para poder llevar adelante esas elecciones, que se vinculan con anticoncepción y aborto; 3) los derechos relativos al ejercicio libre de la sexualidad sin discriminación, coerción o violencia”. BROWN, J. L. (2008), “Los derechos (no) reproductivos en Argentina: encrucijadas teóricas y políticas”, *CadernosPagu*, 30, p. 272, <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332008000100015>

(18) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. *Conferencia sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas* realizada en El Cairo (1994); *Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer* llevada adelante en Beijing (1995). A la vez es y fue decisiva la labor en el marco de la comunidad internacional

no permite presumir per se la autorización *post mortem*” (22).

Ahora bien, en caso de que la voluntad procreacional se hubiese otorgado en la forma que entendemos alineada a una reglamentación de los derechos reproductivos en perspectiva de derechos, cabe analizar el tema del plazo y su razonabilidad. Podemos pensar en seguir los lineamientos de la norma proyectada y su *ratio legis*, o analizar en concreto la razonabilidad del plazo aunque no se ajuste estrictamente a la norma. El tema del plazo ha sido cuestionado en doctrina, como es el caso de la postura de Gil Domínguez, que entiende que “...la existencia de un plazo de un año es 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” (23). Coincidimos con la postura expresada en el fallo de primera instancia en análisis, que alude a la “vigencia” de la voluntad y con ello aporta a la interpretación de la razonabilidad del plazo ante la ausencia de norma expresa. “Concluyo entonces —sin dejar de reiterar la ausencia de regulación especial en la materia y la necesidad de su pronta implementación— que no advierto, en este particular supuesto, que se hubiese demostrado debidamente la vigencia de la voluntad procreacional del Sr. S. para la práctica que ahora se requiere, sobre todo atento a la falta de actualidad de su consentimiento informado previo y obligatorio, que no se habría exteriorizado nuevamente con posterioridad al mes de diciembre de año 2016 —fecha indicada precedentemente en que no pudo avanzarse con el tratamiento iniciado— y la fecha de su fallecimiento (17 de septiembre de 2020)”. En segunda instancia se ratifica esta posición, estableciendo que “En definitiva, el consentimiento prestado en mayo

de 2016 fue exteriorizado cuatro años antes de su fallecimiento (ocurrido el 21 de septiembre de 2020), lo que permite concluir que aquel acto no resulta contemporáneo al fallecimiento y, mucho menos, a la iniciación de este proceso judicial”.

#### IV. Reflexiones finales

Los decisorios en análisis, entendemos, se alinean con una posición respetuosa de los derechos reproductivos en tanto derechos humanos. En el caso particular, el acudir a las técnicas de reproducción humana no “suspende” las garantías que rodean a la voluntad procreacional y su expresión, el consentimiento informado. Así como se garantiza que la atribución de vínculos filiatorios (como una de las consecuencias del ejercicio de derechos reproductivos en el ámbito del Derecho de las Familias) se efectúe en tanto medie una específica voluntad expresada de modo previo, libre, informado y formal, de igual modo debe suceder cuando la fecundación de los gametos o la transferencia del embrión se produce luego de la muerte de uno de los progenitores. El hecho de que la práctica de la filiación *post mortem* no se halle incluida dentro del elenco regulatorio del Código Civil y Comercial no habilita a excepcionar requisitos que hacen al respeto de los derechos reproductivos de los progenitores; por el contrario, cabe extremar los recaudos para que la dupla consentimiento informado/voluntad procreacional se respete; y ello solo se logra si esa expresión es específica para que la práctica sea efectuada *post mortem*, por lo que no cabe presumirla ni procurar su reconstrucción en sede judicial, pues nadie está habilitado para reemplazar esa expresión personalísima de la autonomía.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2528/2023

de los órganos de tratado. Puede verse el desarrollo en: Arango OLAYA, Mónica, “Derechos sexuales y reproductivos”, en AA.VV., *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*, Nicole Lacramette P. (Editora), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2013, p. 212 y ss.

(19) “El acceso a los productos básicos, a la información y al asesoramiento sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos no debería verse obstaculizado por, entre otros factores, el requisito de consentimiento o la autorización de terceros...”. Observación general núm. 20, 2016, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

(20) Corte IDH, “I. V. vs. Bolivia”, 30/11/2016. TR LALEY IC/JUR/3/2016. Lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “I.V. vs. Bolivia” del año 2016, donde determina que la esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida la señora I.V. en un hospital público, bajo estrés y sin su consentimiento informado, le causó un grave daño físico y psico-

lógico que implicó la pérdida permanente de su capacidad reproductiva, constituyendo un acto de violencia y discriminación contra ella (8) (párr. 255), por lo que el tribunal interamericano sostuvo que el Estado de Bolivia es responsable por la violación del deber de respeto y garantía, así como de la obligación de no discriminar, de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora I.V. Encontrando, asimismo, al Estado como responsable por no cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará (párr. 256).

(21) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia E., ob. cit., ob. cit., p. 417.

(22) *Ibidem*, p. 288.

(23) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Filiación *post mortem* y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar”, TR LALEY AR/DOC/2171/2016

## Doctrina (continuación)

Eduardo A. Sambrizzi

Viene de p. 1

**SUMARIO:** I. Nociones generales y valoración ética.— II. Proyecto de Código Civil de 1998.— III. Anteproyecto de Código Civil y Comercial.— IV. La norma proyectada, que admitía la fecundación *post mortem*, fue eliminada en el Código Civil y Comercial.— V. Con respecto a la posibilidad de utilizar gametos de una persona fallecida para realizar una fecundación *post mortem*.— VI. Para la práctica de la fecundación *post mortem*, los jueces que la han admitido requieren la conformidad de la persona fallecida.— VII. Con respecto al carácter de hijo por parte del nacido.— VIII. Conclusiones.

### I. Nociones generales y valoración ética

El supuesto de la fecundación *post mortem* se presenta cuando la mujer fecunda su óvulo con material genético congelado de

su marido con posterioridad a la muerte de este, con la finalidad de tener un hijo (1). En cambio, no se produciría esa especie fecundación en el caso de la implantación en la mujer luego de la muerte del marido, de un

embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento de aquel por fecundación de un óvulo de aquella o de una tercera persona, con semen del esposo (2). Lo que es así, ya que, en tal caso, la fecundación ya se ha-

bía producido con anterioridad a la muerte. Si bien este último supuesto plantea una serie de interrogantes y cuestionamientos —en especial en materia sucesoria—, no será analizado en esta nota, en la que solo nos ocupa-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Conf., SAPENA, Josefina, “Fecundación *post mortem*”, RDF, n.º 43, julio/agosto 2009, p. 467, I; SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, “Biogenética, filiación y delito”, Buenos Aires, 1990, p. 94. Se dice que el primer caso conocido ha sido el de la viuda de nacionalidad francesa, Corynne Papanai, que fue inseminada en el año 1984 con el semen congelado de su marido premuerto. La viuda

había contraído matrimonio in extremis con Alain Papanai, dos días antes de la muerte de éste; ante la negativa del Ministerio de Salud para que se procediera a la fecundación con semen de su esposo fallecido, ello fue autorizado por el Tribunal de Grande Instance de Créteil, pero el embarazo no prosperó. Según una noticia de la Agencia EFE de fecha 18-02-2009, en Italia el médico italiano Severino Antinori extrajo semen de una persona en coma,

para practicar una fecundación asistida de la esposa.

(2) Recordamos, no obstante, una Resolución de la Dirección General de los Registros del Notariado, de España, del 24-09-2002, que contra la opinión del juez Encargado del Registro Civil, consideró que la implantación luego de la muerte del esposo de un óvulo de la mujer que había sido fecundado con semen de aquel con anterioridad a su muerte, debía ser considerada una

fecundación *post mortem*, y que una opinión contraria llevaría a consecuencias poco deseables, dado que los plazos máximos que establecen tanto el art. 9 de la entonces vigente ley nacional n.º 35/1988, como el 92 del Código de Familia de Cataluña, quedarían desnaturalizados si se entendiera producida la fecundación en vida y los embriones quedarán congelados sine die hasta que la viuda decidiera o no implantárselos (PIZARRO MA-



remos del caso de fallecimiento del marido o de la pareja de los que se han obtenido gametos, ya sea en forma previa o con posterioridad a su muerte.

Sabido es que las normas jurídicas tienen un trasfondo moral del que no es dable prescindir, lo que nos lleva a efectuar una necesaria evaluación ética con respecto a los procedimientos de fecundación *post mortem*. Dejando por el momento de lado la valoración que nos merecen los procedimientos de procreación asistida, debemos señalar con respecto a la fecundación *post mortem*, que dicha práctica hace que el niño nazca con un solo padre vivo, privándolo de la atención y la relación con el otro, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo (3). Ferrer afirma al respecto que en el caso contemplado se crea “intencionalmente un niño programado huérfano de antemano, imponiéndole a un padre de ultratumba, lo cual constituye una aplicación desviada de la finalidad propia de las técnicas y además tiende a satisfacer un deseo egoísta: del hombre que se quiere perpetuar, o de la mujer que quiere atenuar el sufrimiento de un duelo o revivir la imagen del marido o compañero desaparecido, y todo prescindiendo del interés superior del nacido de esta manipulación, por lo cual se considera que no resulta jurídica ni humanamente aceptable” (4).

Nos parece inadmisibles la procreación humana obtenida de la forma que se contempla en este punto, o sea, con gametos del marido o de la pareja premuerta. Debemos al respecto recordar que en la Instrucción *Donum Vitae*, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, se ha puesto énfasis en el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres. O sea, por *ambos* padres, y no solo por uno de ellos, habiéndose además afirmado en dicho documento que es moralmente injustificable “la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador” (II, A, 2). Y si bien es cierto que el hecho de nacer con un solo padre también se produce cuando este fallece antes del nacimiento del hijo, la diferencia estriba que en la fertilización posterior a la muerte del esposo o de la pareja se coloca al hijo *en forma voluntaria* en un hogar disgregado, y no, en cambio, por una causa de fuerza mayor, como ocurre en el caso de la muerte del padre, que constituye una situación no deseada.

**El principio de libertad, en el cual, junto con el de igualdad, se basan quienes se pronuncian a favor de la fecundación *post mortem*, carece a nuestro juicio de aplicabilidad, puesto que la libertad tiene un claro límite, que se halla donde se invade el derecho de los otros, en este caso, el de los hijos a nacer en**

**una familia constituida por el padre y la madre. No se pueden dejar de lado las necesidades afectivas del niño, que en la fecundación *post mortem* se halla “aprisionado al proyecto identificatorio de un solo sexo” (5), siendo fundamental para su desarrollo la presencia de ambos progenitores; se ha llegado incluso a afirmar que “un niño no puede vivir psíquicamente sino mediante una relación humana triangular” (6). Recuerdo aquí el art. 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho del hijo “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.**

Pedro Federico Hooft ha sostenido sobre el tema que el derecho de todo niño de tener un padre y una madre, al ofrecerle mayores posibilidades de alcanzar un armónico desarrollo bio-psico-social y espiritual, debe prevalecer frente al deseo de la mujer de procrear al margen de un grupo familiar pleno; y agrega que la legitimación de la fecundación artificial en mujeres solas, *lato sensu*, contraría la razón misma de ser del desarrollo de las nuevas técnicas de procreación asistida. Agrega Hooft que en principio no parece razonable invocar un presunto derecho de la mujer de elegir el *tipo de familia* que desea constituir (monoparental), cuando esa prerrogativa entra en colisión con los derechos del niño y las exigencias del bien común, debiendo en este tema el legislador —como también en otros— asumir la *voz del sin voz*, cuyo legítimo interés debe prevalecer, habida cuenta que de tal manera se contribuye al bien común de la sociedad y se resguarda más plenamente la dignidad humana, no debiendo el derecho promover aquellas situaciones que se estimaren disvaliosas (7).

Resulta útil recordar aquí la recomendación contenida en el punto 13 del Informe del Parlamento Europeo del año 1990 sobre fecundación artificial, donde se afirmó lo siguiente (8): “Es interés del hijo nacer y crecer en una familia estable, esto es, como hijo de un hombre y de una mujer unidos entre sí por una relación estable de afecto... Ello hace inaceptable la fecundación artificial en favor de parejas homosexuales o de mujeres solas, aun cuando la fecundación se realice con semen del marido difunto; no se deben producir huérfanos artificiales a través de la fecundación artificial”. Como asimismo señalar que en el *IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*, celebrado en la ciudad de Panamá en el año 1997, se recomendó prohibir la fecundación *post mortem*. Por su parte, la *American Society of Fertility*, de los Estados Unidos de América, que ejerce una relevante influencia en esta materia, se ha pronunciado en contra de la fecundación *post mortem*, en una Declaración ética que emitió sobre fertilización *in vitro*. Recordamos además que en el art. 11 del Proyecto preliminar del Consejo de Europa, se dispo-

ne que “no se permitirá la procreación artificial llevada a cabo con semen del marido o compañero difunto (sin embargo, un Estado podrá permitirlo siempre y cuando se establezcan los derechos de las personas resultante de ese nacimiento)” (9).

También Zannoni, entre otros autores, se ha pronunciado en contra de la práctica de la fecundación *post mortem*, al afirmar que no deberían autorizarse inseminaciones en esos supuestos, ni tampoco admitirse demandas de la viuda tendientes a recuperar el semen del esposo; y por el contrario, agrega, debería disponerse su destrucción, para evitar cualquier controversia que se pudiera plantear por el requerimiento de una inseminación heteróloga con ese semen a favor de otro matrimonio (10). Dolores Loyarte y Adriana Rotonda señalan que la inseminación *post mortem* no contribuye a favorecer la realización de la vida plena del hijo, al que se lo priva premeditadamente de la vivencia del vínculo paterno, que constituye uno de los elementos estructurantes de la personalidad, teniendo también el menor un derecho integral de asistencia moral y material exigible a sus progenitores (11).

Siguiendo las pautas hasta aquí expuestas, Jaime Vidal Martínez ha sostenido sobre el tema que la fecundación *post mortem* implica un ejercicio desorbitado del derecho de procrear, ínsito en el de fundar una familia, que, como tal, concluye con la muerte del titular. Manifiesta asimismo dicho autor que desde una óptica personalista, o si se exige cuando menos un proyecto parental para autorizar el recurso a las técnicas de que se trata, entendidas como un medio de combatir la esterilidad, la lógica consecuencia será negar la posibilidad de ejercerlas, por faltar el presupuesto de la pareja procreadora; lo cual es así —agrega—, salvo que se parta de la concepción individualista del *derecho al hijo*, supuesto en el cual en cierto modo resulta coherente, dice, admitir la posibilidad de obtener el hijo deseado pese a la muerte del marido o de la pareja conviviente (12). Con relación a lo cual se ha sostenido que los llamados *derechos reproductivos* no pueden atender contra los derechos fundamentales o libertades del ser humano, entre los cuales se encuentra el de la integridad física, psicológica y existencial que condicionan el libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a una familia, atentado, entre otros supuestos, en el caso de inseminación *post mortem*, como también en la practicada por homosexuales o mujer sola (13).

**No obstante los cuestionamientos referidos, la fecundación después de la muerte con gametos de la persona fallecida, fue admitida tanto en el Proyecto de Código Civil**



**LA LEY A.I.**  
(Análisis Inteligente)  
by TR + Microsoft Copilot

**¿Cuál es el tema jurídico debatido?**

La “fecundación *post mortem*” como práctica se presenta cuando “la mujer fecunda su óvulo con material genético congelado de su marido con posterioridad a la muerte de este, con la finalidad de tener un hijo”. Sin embargo, el autor argumenta que esta práctica puede privar al niño de la atención y la relación con uno de sus padres, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo. En el Anteproyecto de Reformas a los Códigos Civil y de Comercio se admitía la fecundación *post mortem*. No obstante, en varios países como Suiza, Suecia, Dinamarca, Noruega e Italia, esta práctica está prohibida. El autor concluye que el inciso c) del artículo 2279 del Código Civil y Comercial, que permite la fecundación *post mortem*, debe tenerse por no escrito y sugiere que se prohíba explícitamente esta práctica para evitar perjuicios a la persona nacida mediante este procedimiento.

**de 1998, como en el Anteproyecto del actual Código Civil y Comercial, como seguidamente se verá (14).**

## II. Proyecto de Código Civil de 1998

El tema de la fecundación *post mortem* fue contemplado en dicho Proyecto, de acuerdo con el cual, entre las personas que podían suceder al causante, además de las existentes al momento de su muerte, las ya concebidas en ese momento que nazcan con vida, las personas jurídicas existentes al tiempo de la muerte del causante y las fundaciones creadas por testamento, en el inciso c) del artículo 2229 también se enumeraban a “las que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta (480) días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos crioconservados del causante o de la crioconservación de un embrión formado con gametos de aquel, sean estas prácticas lícitas o no. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante”.

Como se advierte, la norma proyectada, de importantes repercusiones en materia sucesoria, puesto que alteraba en relevante medida las reglas que regían la sucesión por causa de muerte, comprendía dos supuestos distintos, el primero de los cuales consistía en la fecundación de un óvulo con gametos

QUEDA, María José, “Fecundación *in vitro*, fallecimiento del marido y filiación”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 47/2002, Pamplona). Ese concepto tan amplio y comprensivo de la fecundación *post mortem* no deja de llamar la atención, en especial si se advierte que el consentimiento que contempla el art. 9.2. tanto de la anterior ley española 35/1988, como de la actual n° 14/2006 a fin de admitir efectos legales a la filiación derivada de la fecundación *post mortem*, lo es para la utilización del “material reproductor” del marido luego de su fallecimiento, o sea, de sus gametos, y no de la transferencia a la mujer de un embrión. Más aún, la norma se refiere a la fecundación de la mujer luego del fallecimiento del marido, lo cual implica la inexistencia de embrión, puesto que si no fuera así, no se podría hablar de fecundación.

(3) Conf., entre otros autores, MATOZZO de ROMUALDI, Liliana A., “Cómo proteger la evolución biológica natural de la especie humana frente a los avances del biopoder”, ED, 167-1119; CAFFERATA, José Ignacio, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, ED, 130-732, 5; ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Derechos Humanos y Derecho de Familia. El derecho a casarse y formar una familia”, ED, 180-1357; SAPEANA, Josefina, “Fecundación *post mortem*”, cit., RDF, n° 43, julio/agosto 2009, ps. 467 y ss., II, y p. 469, III, 2.; BOS-SERT, Gustavo A., “Fecundación asistida”, JA 1988-IV-878;

TOBIÁS, José W., “Derecho de las Personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Buenos Aires, 2009, p. 90 y ss., n° 8; MÉNDEZ COSTA, María Josefa - D'ANTONIO, Daniel Hugo, “Derecho de Familia”, Santa Fe, 1990, III, p. 51; VELAZCO, José Raúl, “Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial”, JA 1989-II-947 y 948; MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “Bioderecho”, Buenos Aires, 1998, p. 68, quien pone de relieve el interés del hijo de nacer y crecer como hijo de un hombre y una mujer unidos entre sí por una relación estable de afecto, así como que el derecho a la identidad del hijo exige una verdadera filiación, consistente en tener un padre y una madre. DELIA IÑIGO admite la aplicación de una técnica de reproducción asistida con respecto a una mujer viuda, únicamente cuando se hubiera iniciado el proceso de fecundación *in vitro* al momento de la muerte del hombre y éste hubiera prestado su consentimiento (“Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas”, en RDF, n° 2, Buenos Aires, 1989, p. 61).

(4) FERRER, Francisco A.M., “La fecundación *post mortem*”, LA LEY, 2018-E, 1034, I; y “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, con la Dirección de Jorge H. ALTERINI y Coordinado por Ignacio E. ALTERINI, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. XI, ps. 94 y ss., f).

(5) VIDELA, Mirta, “Los derechos humanos en la bioética”, Buenos Aires, 1999, p. 57. Dice Videla que “quienes puedan nacer por obra y gracia de empecinamiento individualista, vendrá un día en que la verdad acerca de su filiación llegue al límite absurdo de juicios salomónicos, con la triste realidad de una procreación anónima que les lleve a la conclusión de que en realidad son hijos de nadie”.

(6) VIDELA, Mirta, “Los derechos humanos en la bioética”, ob. cit., p. 143.

(7) “Bioética y Derecho Humanos. Temas y casos”, Buenos Aires, 1999, ps. 38 y 39. Conf., CAFFERATA, José Ignacio, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, cit., ED, 130-738, 16; MATOZZO de ROMUALDO, Liliana A., “Cómo proteger la evolución biológica natural de la especie humana frente a los avances del biopoder”, cit., ED, 167-1119, donde sostiene que la reproducción humana *post mortem* viola la identidad genética del niño, que tiene derecho inalienable de ser concebido por padres vivos.

(8) Cit. por BUSTOS PUECHE, José Enrique, “El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética”, Madrid, 1996, p. 125.

(9) Cit. por ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2006, 5ª ed., t. 2, p. 552, parágr. 1152, nota 60.

(10) *Ibidem*, ps. 551 y s., a), parágr. 1152.

(11) “Procreación humana artificial: Un desafío bioético”, Bs. As., 1995, p. 292.

(12) “La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, AA.VV., Granada, 1998, ps. 110 y ss.

(13) VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, “Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, cit., ps. 40 y 41.

(14) En cambio, la fecundación *post mortem* no se encontraba admitida en el derogado Código Civil, como señalan, entre otros, ACOSTA de FARAH, Mariel Victoria - CABRERA de GARIBOLDI, María del Luján Cecilia, “El concebido por métodos de reproducción asistida. Reflexiones en torno a su vocación hereditaria”, ED, 163-1005, 1; CORRAL TALCIANI, Hernán, “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida”, en *Revista de la Universidad Católica del Norte*, Campos Guayacán, Chile, 2000, p. 117; TOBIÁS, José W., “Derecho de las Personas”, ob. cit., p. 91; LORENZO de FERRANDO, María Rosa, “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, en *Derecho de Familia, Libro en Homenaje a María Josefa Méndez Costa*, p. 319.

crioconservados del causante luego de la muerte de este, o sea, lo que se conoce como fecundación *post mortem*. En cambio, el otro supuesto contemplado en el Proyecto era cuando luego de la muerte se implantara a una mujer (a cualquier mujer, por cuanto, como enseguida veremos, no existía limitación al respecto) un embrión fecundado con gametos del causante, el cual, valga la aclaración, ya era una persona al tiempo de la muerte de aquel, por haber estado concebido en ese momento. Cabe señalar que como resulta de lo más arriba dicho, este último no constituía propiamente un supuesto de fecundación *post mortem*, sino, en todo caso, de embarazo *post mortem*.

Del contenido del Proyecto también resultaba —ya que no había disposición alguna en contrario— que los gametos crioconservados del causante podían ser utilizados para fecundar el óvulo no solo de la esposa del causante, o de la mujer que haya convivido con él, sino también el de una mujer que ni siquiera lo hubiera conocido y que, no obstante, hubiera logrado apropiarse o conseguido gametos crioconservados del causante para fecundar un óvulo suyo con la finalidad, por ejemplo, de que su hijo lo heredara. Lo mismo podría ocurrir, entre otros supuestos, con la mujer divorciada del causante y sin hijos de este. Jaime Vidal Martínez advierte sobre este tipo de situaciones, al referirse a la hipótesis —nada académica, por cierto— de la extracción de semen del cadáver de un hombre con distintas finalidades, entre ellas, la posible búsqueda del beneficio de derechos sucesorios a favor del hijo habido mediante fecundación *post mortem* (15).

El Proyecto tampoco ponía límite a la cantidad de óvulos ni de mujeres a fecundar, lo cual es ciertamente criticable, puesto que de acuerdo con la disposición proyectada, con el semen del causante podían eventualmente fecundarse los óvulos de numerosas mujeres. Cabe por otra parte afirmar que al ser de 480 días desde la muerte del causante el plazo dentro del cual debería nacer el hijo para poder heredar, en su transcurso la misma mujer podría concebir y parir un hijo dos veces, en forma sucesiva (ello, sin perjuicio de que cualquiera de esos dos posibles partos podrían ser múltiples), con lo que el Proyecto se apartaba de los precedentes españoles tenidos como fuente, que limitan la fecundación a un solo nacimiento, comprendido el parto múltiple (16). Loyarte y Rotonda coinciden en la necesidad de limitar el tiempo dentro del cual la implantación deberá tener lugar y señalan que los esquemas de análisis de la fecundación para después de la muerte deberían extenderse a los supuestos de ausencia con presunción de fallecimiento (17).

Debemos asimismo poner de relieve que contrariamente a lo establecido en otras legislaciones, como en la ley n° 14/2006 de España (18) o en los artículos 92 y 94 del Código de Familia de Cataluña, en el proyectado artículo 2229 no se requiere conformidad alguna del causante —expresada por un acto entre vivos o *mortis causa*— para la fecundación de sus gametos.

Otra de las observaciones que a nuestro juicio pueden hacerse al Proyecto consiste en la omisión en que este incurrió al no haber determinado el alcance de la filiación del nacido, pues aparte de haberse proyectado que las personas contempladas en el

inciso c) del artículo 2229 podían suceder al causante, hubiera sido conveniente que se hubiera aclarado el carácter de matrimonial o extramatrimonial por parte del hijo.

Diremos por último, con la finalidad de evitar interpretaciones encontradas, que hubiera sido conveniente prever también el supuesto de que con los gametos del causante se hubiera fecundado un óvulo de una mujer casada cuyo marido haya consentido la fecundación, que en tal caso será el padre, a pesar de lo cual, por aplicación del inciso c) del artículo 2229, el niño tendría en tal caso derecho a heredar al causante, no obstante no ser su hijo.

### III. Anteproyecto de Código Civil y Comercial

En el artículo 563 del Título sobre “Filiación” del Anteproyecto de Reformas a los Códigos Civil y de Comercio, se admitía la denominada fecundación *post mortem*, de acuerdo al siguiente texto: “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 artículo 560 o en un testamento, que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

Ferrer señala que al autorizar la fecundación *post mortem*, el Anteproyecto “se apartó de las valoraciones sociales prevalecientes en la sociedad argentina, y de la doctrina jurídica predominante, como también de la solución mayoritaria de la legislación comparada...” (19).

Como se advierte, aparte de la fecundación *post mortem*, la norma proyectada también contemplaba el supuesto de la implantación en la mujer de un embrión que pudo haber estado fecundado con anterioridad al fallecimiento del marido o pareja. Además, la admisión del vínculo filial entre el concebido y la persona fallecida se limitaba a los supuestos de las personas casadas, así como de aquellas que integran una unión convivencial, lo que solo se produce si se cumplen los requisitos de los artículos 509 y 510 del Código.

Por otra parte, y con relación a la implantación del embrión, la norma proyectada solo contemplaba la unión de un hombre (biológicamente hablando) con una mujer, por cuanto en el inciso a) del artículo 563 se hacía referencia a “los embriones producidos con sus gametos”, o sea, con los de la persona que consintió la transferencia de los embriones a la mujer, no con los gametos de un tercero donante.

Hacemos asimismo notar que en el supuesto de excepción no se encontraba contemplado el caso de que antes del fallecimiento hubiera simplemente comenzado el procedimiento necesario para la posterior implantación, como ocurre en España (20), ni tampoco cuando el fallecido hubiera prestado su consentimiento informado y libre

para la práctica de la procreación asistida, sin mención alguna sobre la implantación de sus gametos a la mujer en el supuesto de fallecimiento.

Señalamos, por último, que el artículo 563 del Anteproyecto de Código se relacionaba con el artículo 2279, cuyo inciso c), actualmente vigente, y sobre el que más adelante volveremos, establece que pueden suceder al causante... c) las (personas) nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561 (en lugar de al art. 561, en el Anteproyecto se remitía al 563).

### IV. La norma proyectada, que admitía la fecundación *post mortem*, fue eliminada en el Código Civil y Comercial

El precitado artículo 563 del Anteproyecto —que, como señalé, admitía la procreación *post mortem* solo si se cumplían determinados requisitos— fue eliminado del actual Código, pero se omitió dejar sin efecto el inciso c) del artículo 2279, que tenía una directa relación con la norma suprimida, por cuanto en dicho artículo 2279 se contempla un supuesto de fecundación *post mortem*, ya que entre las personas nacidas después de la muerte del causante, a las que allí se alude, se incluye no solo a las concebidas antes del fallecimiento del causante y no transferidas a la mujer (o sea, a los embriones crioconservados), sino también a las concebidas con posterioridad.

### V. Con respecto a la posibilidad de utilizar gametos de una persona fallecida para realizar una fecundación *post mortem*

Ante todo, señalamos que contrariamente a la ley alemana del 13 de diciembre de 1990 o —entre otras legislaciones— al Derecho francés (21), en razón de lo establecido en el recién recordado inciso c) del artículo 2279 del Código y por no encontrarse prohibida la fecundación *post mortem*, en una primera mirada podría llegar a interpretarse que en nuestro Derecho esa práctica se encuentra vigente (arg. art. 19, CN) (22). Pero lo cierto es que el precitado inciso c) del artículo 2279 fue incorporado al Código con motivo del proyectado artículo 563, al que remitía y que, como se vio, admitía la fecundación *post mortem*, debiendo haber sido dejado sin efecto ante la eliminación de dicho artículo, del que es su natural consecuencia, puesto que el contenido del inciso c) solo tiene sentido estando vigente el artículo 563 del Anteproyecto, que establecía un límite en el tiempo para la existencia de vínculo filial entre el causante y la persona nacida de esa práctica.

Pues, bien, como el inciso c) no fue eliminado, debemos interpretar su alcance y vigencia, debiendo a nuestro juicio ser tenido como no escrito. Lo que es así, por cuanto parece claro que el legislador no advirtió que al establecer el inciso b) de ese mismo artículo 2279 que pueden suceder al causante... b) las (personas) concebidas en ese momento (en el de la muerte del causante) que nazcan con vida, el cuestionado inciso c) debe ser interpretado como referido a las personas no concebidas en ese momento (23), dado que no sería coherente interpretar ambos incisos como si los dos comprendieran el mismo supuesto. Y para peor —si así pudiera decirse—, contrariamente al proyectado artículo 563 (que,

como recordamos, para que el nacido pudiera heredar, requería que la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produjera dentro del año siguiente al deceso), el inciso c) no establece límite alguno de tiempo a contar desde el fallecimiento del causante para el nacimiento de quien lo va a heredar, lo que significaría —de entenderse que en la actualidad el inciso conserva su vigencia— que podría heredar al causante una persona que naciera muchos años después de la muerte de aquel, con la consiguiente inseguridad respecto al derecho de propiedad de los herederos ya declarados.

No cabe duda de que una situación de esa naturaleza —claramente inconveniente— no fue en absoluto advertida por el legislador al eliminar del Anteproyecto el artículo 563 sobre la fecundación *post mortem*, pero no el inciso c) del artículo 2279, habiendo afirmado Azpiri al respecto que dicha omisión “debe adjudicarse a una desprolijidad del legislador que eliminó la fecundación *post mortem*, pero no suprimió, a su vez, el inciso que en tal supuesto permitía heredar” (24). Cabe señalar que la referida inconveniencia no existe en los pocos ordenamientos legales que admiten la fecundación *post mortem*, los que establecen un tiempo máximo entre la muerte del causante y la transferencia del embrión a la mujer o la concepción en esta.

Lo hasta aquí señalado nos lleva a reiterar lo más arriba expresado sobre que dicho inciso c) debe tenerse por no escrito. Más aún, si se quiere: si se tiene en consideración el aspecto ético referido al comienzo con respecto a la realización de esta especie de fecundación, los daños que puede causar al niño y lo establecido al respecto en la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo asimismo tenerse presente que de acuerdo con el artículo 2° del Código Civil y Comercial, la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

### VI. Para la práctica de la fecundación *post mortem*, los jueces que la han admitido requieren la conformidad de la persona fallecida

No obstante lo anterior, distintas resoluciones judiciales han hecho lugar a acciones en las que se requería autorización para la utilización de gametos de una persona fallecida para una práctica de fecundación después de la muerte con gametos de esa persona y posterior implantación del embrión en la mujer, habiéndose requerido en todos los casos el previo consentimiento para esa práctica prestado en legal forma por parte del fallecido. Caso contrario —o sea, de no haber existido ese consentimiento, que puede haber sido prestado de distintas formas, incluso por testamento (25)—, los jueces no han autorizado el procedimiento de fecundación *post mortem*, no considerándose como hijo del causante a quien a pesar de la falta de autorización hubiera nacido por medio de una práctica de esa naturaleza, lo que hace que no pueda heredarlo.

Para negar esa autorización se ha sostenido, entre otros argumentos, que, faltando el consentimiento del fallecido, al pretender utilizar-

(15) “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 112, nota 146.

(16) Art. 9, 2. y 3. de la ley n° 35/1988; y art. 9 de la ley 7 de 1991 de Cataluña, luego receptado por el Código de Familia de Cataluña de 1998 (arts. 92.2 y 97.2.).

(17) “Procreación humana artificial: Un desafío bioético”, cit., p. 299.

(18) En el punto 296 de los Fundamentos del Proyecto se ha afirmado —sin otra aclaración— que “el criterio seguido es el de la ley española de fecundación asistida de

1988...”. Pero en realidad, sólo ha sido seguido en parte.

(19) FERRER, Francisco A.M., “La fecundación *post mortem*”, cit., LA LEY, 2018-E, 1034.

(20) En efecto, de acuerdo con el art. 9.2. de la ley española 14/2006, el consentimiento para la fecundación *post mortem* se presume otorgado “cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”.

(21) El art. 152.2 del Código de la Salud Pública de

Francia requiere para la aplicación de las técnicas de procreación asistida, que ambos esposos o los integrantes de la pareja, estén vivos; a su vez, el art. 311.20 del Código Civil de ese país dispone que el consentimiento a la procreación asistida deja de producir efectos en el supuesto de muerte. En varios otros países —como, por ejemplo, Suiza, Suecia, Dinamarca, Noruega, Italia— también se encuentra prohibida la fecundación *post mortem*.

(22) Conf., BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., “Manual de Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2016, 7ª ed., p. 320, parágr. 413.

(23) Conf., BELLUSCIO, Augusto C. - MAFFÍA, Jorge Omar, “Derecho Sucesorio Según las normas del Código Civil y Comercial”, p. 25, parágr. 16; FRAGA, Agustina, “Derecho sucesorio y la fertilización *post mortem*”, en *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, de Erreius, noviembre de 2022, p. 815. Contra, AZPIRI Jorge O., “Derecho Sucesorio”, Buenos Aires, 2017, 5ª ed., ps. 45 y s.

(24) AZPIRI Jorge O., “Derecho Sucesorio”, ob. cit.

(25) Conf., entre otros, FRAGA, Agustina, “Derecho sucesorio y la fertilización *post mortem*”, cit., p. 823.



se sus gametos después de muerto se estaría violando el ámbito de sus derechos personalísimos, que hacen a la dignidad de la persona, así como también su necesaria autodeterminación para un acto como el de que se trata, no pudiendo presumirse un consentimiento tácito al respecto. Es que tal como dispone el artículo 55 del Código Civil y Comercial, para la disposición de derechos personalísimos el consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

Recordamos, entre otros, un fallo dictado con fecha 3 de abril de 2018 por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (26), en el caso de un hombre que debía someterse a un tratamiento de quimioterapia que podía producirle esterilidad, por lo que se procedió a la extracción de gametos con la finalidad de realizar una práctica de procreación asistida a su conviviente. Como con posterioridad falleció, se solicitó autorización judicial para que se lleve a cabo un procedimiento de fecundación *post mortem*, lo que fue denegado. Sostuvo el tribunal que la conformidad para la realización de esa especie de práctica solo autoriza a inferir un consentimiento tácito para realizar una técnica de esa naturaleza al finalizar el tratamiento de quimioterapia, pero no permite presumir que la persona consintió que el material genético fuese utilizado después de su muerte. Se dijo, asimismo, que “si no existe un instrumento que deje de manifiesto la voluntad libremente expresada de la persona fallecida para la utilización de sus gametos *post mortem* en un tratamiento de fertilización asistida, no resulta razonable ni de acuerdo con un imprescindible respeto a la autodeterminación de una persona presumir un ‘consentimiento tácito’ en tal sentido, en la medida en que el legislador nada ha dicho al respecto”. Como también, que “la posibilidad de utilizar y transferir aquellas células (los gametos) queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona, por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación (ver arts. 51, 53, 56 y 264, última parte, del Cód. Civ. y Com.)”; y que “si el principio de la ‘voluntad procreacional’ manifestado en el consentimiento previo, libre e informado, ha sido incorporado a la legislación argentina como la base sobre la cual se estructura la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, se hace imperativo resguardarlo, con miras a la seguridad jurídica de quienes recurren a ese sistema, evitando interpretaciones laxas sobre su existencia, como sería consagrar voluntades presuntas para después de la muerte o consentimientos por representación” (27). Al comentar la sentencia, Jorge Nicolás Lafferriere afirma, entre otros conceptos, que en el caso no resultaba posible jurídicamente realizar una fecundación *post mortem*, por cuanto —según afirma— para la utilización de los gametos resulta necesario renovar el consentimiento que en su momento se otorgó

para la práctica de la procreación asistida, lo que después de la muerte resulta de imposible cumplimiento, ya que, a su juicio, el consentimiento tiene que ser actual, en el momento de la renovación, con la persona viva, por lo que no puede ser prestado en un testamento (28). Además —agrega— de coexistir otras razones de fondo referidas tanto a las técnicas de procreación artificial, como al hecho de que la fecundación *post mortem* supone la deliberada concepción de un hijo privado de uno de sus progenitores (29).

Debemos asimismo recordar sobre el tema una sentencia del 5 de febrero de 2020, de la Dra. Myriam Cataldi, jueza a cargo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nº 7, que resolvió que “de la transcripción de las cláusulas del contrato de criopreservación de semen suscripto por el causante no hay nada que indique la existencia de un consentimiento informado expreso siquiera para realizar una TRHA en general, menos aún para recurrir a una fertilización *post mortem*, utilizando su material genético criopreservado; por ello, autorizar la fertilización con dicho material afectaría los derechos personalísimos del difunto, entendidos como aquellos que están íntimamente ligados con la persona y que son, por naturaleza, inherentes a ella y su dignidad a la vez que intrasmisibles”. En dicho fallo se agregó, entre otros conceptos, que “de los arts. 560 y 561 del Código Civil y Comercial se infiere la importancia del ‘consentimiento previo e informado’ en las técnicas de reproducción humana asistida por actos entre vivos, por lo que, con mayor razón, deberá exigirse dicho consentimiento en el caso de que el material genético sea utilizado *post mortem* debiendo, por las consecuencias jurídicas y familiares que ello trae aparejado, extremarse las medidas a fin de acreditar que el consentimiento se manifestó en forma clara, libre y deliberada” (30).

En una sentencia del magistrado a cargo del Juzgado de Familia nº 1 de Posadas de fecha 10 de septiembre de 2021, se autorizó la práctica de un procedimiento de procreación asistida con gametos crioconservados del causante, en el caso de una persona fallecida en marzo de ese mismo año quien, a fines de diciembre de 2020, había prestado consentimiento ante notario para la realización de una práctica de reproducción asistida, que no había revocado con posterioridad, no obstante saber que padecía una enfermedad gravísima como el cáncer y que sería sometido a una intervención quirúrgica que suponía riesgo de muerte. En el caso, el hermano y la madre del fallecido declararon sobre la voluntad del causante de ser padre y de someterse a tratamientos de TRHA a sabiendas de su enfermedad y del riesgo de muerte que corría, pudiendo concluirse —se sostuvo— que existió y se mantuvo la voluntad procreacional del mismo a los fines de la posible concepción de un hijo con la actora (31).

También recordamos una sentencia de fecha 1º de febrero de 2022, en la que el Juzgado Nacional Civil nº 98 autorizó un procedimiento de procreación *post mortem*, con fundamento en que no se trataba de una práctica prohibida por la ley, además de haber en el caso existido un expreso, claro e indudable último deseo del causante en ese sentido, enunciado en su testamento, y haber el fallecido otorgado un poder irrevocable a su cónyuge con indicaciones brindadas en igual sentido, por lo que —según se afirmó— quedó sobradamente demostrada la voluntad procreacional para continuar con su proyecto de familia con la peticionante, aun después de su muerte (32).

Al revocar lo resuelto en las instancias anteriores, con fecha 26 de febrero de 2018, la sala Civil, Comercial y Minería del Supremo Tribunal de Río Negro rechazó un pedido de autorización para procrear mediante la extracción de esperma de una persona en estado vegetativo, para que la esposa o pareja de quien se encontraba en ese estado pudiera fecundar un óvulo suyo (o de una tercera persona) para gestar un hijo. Sostuvo el tribunal que “dado que la voluntad procreacional constituye la columna vertebral de la filiación de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme al Código Civil y Comercial, el consentimiento debe otorgarse en forma previa, informada y libre; debe ser actual y prestarse antes de cada práctica o procedimiento médico, sin que pueda en manera alguna reeditarse ni darse por supuesto; no puede suponerse, barruntarse o intuirse que alguien tiene el deseo de ser padre”. Entre otras cuestiones se afirmó, asimismo, que “autorizar la extracción de esperma del cuerpo de una persona que se encuentra en estado vegetativo, sin su consentimiento libre, expreso y actual, para intentar con esa muestra crear un niño/a, resultaría un actuar con heterodeshumanización en relación a aquel, y ello implicaría afectar gravemente la dignidad de la persona; esto lo convertiría en un instrumento más de la cadena biológica de generación de un nuevo ser, cosificándolo, lo cual no es admitido por el ordenamiento jurídico/legal” (del voto de la Dra. Pfeiffer) (33). En disidencia, la Dra. Zaratiegui sostuvo que “las sentencias que autorizaron la realización de un *mapeo* testicular en una persona que se encuentra en estado vegetativo para conservar el esperma apto para la procreación asistida respetan el derecho a la autonomía personal y autodeterminación de aquél, en relación con lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional que otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros y coadyuvan a garantizar el derecho a ser padre, especialmente, los derechos reproductivos, reconocido como un

derecho humano fundamental que incluye al uso de técnicas de reproducción asistida”.

Por nuestra parte consideramos, con fundamento en los cuestionamientos y fundamentos jurídicos más arriba, expresados con respecto a la fecundación *post mortem*, que no corresponde que los jueces autoricen la práctica en cuestión, no resultando argumento válido alegar la existencia de un inexistente derecho a tener un hijo, cuestión en la que se suele mirar más hacia la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos —llámense padres, donantes, científicos—, que hacia el hijo en sí mismo, como si aquellos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo —olvidando que la persona no puede ser objeto de un derecho—, que deben satisfacer no importando a costa de qué o de quién. Si fuera cierto que las personas tuvieran un derecho para exigir un hijo, siguiendo esa misma pauta cualquiera también podría exigir que se le proporcionara felicidad o salud, porque tiene derecho a ser feliz, como también tiene derecho a tener una buena salud, lo cual, como es natural, no se le puede proporcionar, sino, a lo más, en cuanto a la salud, se le debe otorgar —y, por tanto, puede exigir— una adecuada atención médica, lo que, como es obvio, no le garantiza una buena salud. En realidad lo que las personas tienen no es un derecho subjetivo a tener un hijo, sino un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión a procrear en forma natural (34).

Más arriba recordamos que en distintas resoluciones judiciales se autorizó que pudiera realizarse fecundación *post mortem* mediante un procedimiento de procreación asistida, pero en ninguna de las sentencias dictadas en ese sentido se fijó un determinado plazo para que se procediera a la práctica en cuestión, lo que hizo que —dada la omisión legal existente al respecto— quienes obtuvieron esa autorización pudieron posponer el tiempo que creyeron conveniente su realización —incluso durante muchos años—, con la consiguiente inseguridad jurídica en lo patrimonial a la que antes aludí, con relación a las personas que heredaron al causante. A las cuales, por otra parte, fueran o no herederos forzosos, ni siquiera se las citó a los juicios para que pudieran hacer valer sus derechos con respecto a los bienes heredados.

## VII. Con respecto al carácter de hijo por parte del nacido

En caso de que el causante haya cumplimentado los requisitos establecidos en los artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial, y consentido la utilización de sus gametos para fecundar un óvulo después de su muerte, y habiéndose obtenido la pertinente autorización judicial, parece claro que no puede negarse al nacido el carácter de hijo de aquel y, por supuesto, el derecho de heredarlo (35). Y en el supuesto de haber estado casados el causante y la madre del nacido, al

(26) LA LEY, 2018-C, 174. El fallo también se publicó en LA LEY, 2018-C, 599, con nota de LAFFERRIERE, Jorge N., “La fecundación *post mortem* en el derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial”. El fallo y la nota también fueron publicados en RDFyP, año X, nº 08, septiembre de 2018, p. 163.

(27) LA LEY, 2018-C, 599, con nota aprobatoria cit. de Lafferriere, Jorge N., “La fecundación *post mortem* en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial”.

(28) Conf., GALLI FIANI, María Magdalena, “Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio”, DFyP 2017 (mayo), 202 y s., IV, a).

(29) Por nuestra parte, si bien coincidimos con el autor recién citado en cuanto a la crítica de los procedimientos de que se trata, entendemos que el consentimiento para la realización de una práctica como la que se analiza es factible de ser prestado con anterioridad a la muerte, dado la inexistencia de norma alguna que lo prohíba.

(30) GONZÁLEZ DURÁN, Paloma, “Fertilización *post mortem* y la necesidad de su reglamentación” RDF 2020-IV, 129. NEGRI, Juan Javier, “Fertilización *post mortem*; tener

un hijo más allá de la muerte. ¿Un ‘padre de ultratumba?’”, DFyP 2020 (noviembre), 224. JFamilia Nº 5 de Avellaneda, “G., Y. E. s/ autorización judicial”, 31/12/2022, RDF 2023-III, 26 con notas de Andrés Gil Domínguez y de Federico Pablo Notrica, TR LALEY AR/JUR/190575/2022.

(31) JFamilia Nº 1 de Posadas, “P. s/ medida autosatisfactiva”, 10/09/2021, RDF 2022-II, 183 con nota de Mariana de Lorenzi, “Técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*: la paternidad desde el más allá”, TR LALEY AR/JUR/210155/2021. El fallo también fue publicado en RCCyC, año VIII, nº 3, junio de 2022, p. 141, con nota crítica de FORNARI, María Julia, “El consentimiento en la fertilización *post mortem*”. Conf., JFamilia nº 8 La Plata, fallo del 04-11-2022, véase: LOPES, Cecilia - PIETRA, María Luciana, “Actualidad en Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires 1/2023”, RDF, febrero 2023-I, Jurisprudencia, p. 321.

(32) JNCiv. Nº 98, “E., R. A. s/ autorización”, 01/02/2022, RDF 2022-IV, con nota de NOTRICA, Federico Pablo, “Fertilización *post mortem*: los silencios normativos y las voces judiciales”. El fallo también se publicó en La Ley, diario del 30-08-2022, con nota de JÁUREGUI,

Rodolfo G., “La ‘autorización’ de la fecundación *post mortem*”.

(33) RCCyC, año IV, nº 05, junio de 2018, pág. 73. El fallo también fue publicado en la RDF, 2018-IV, agosto de 2018, pág. 1, con nota aprobatoria de WIERZBA, Sandra M., “Personas en estado vegetativo persistente y procreación asistida: complejidades de recrear la voluntad de otro”. En su análisis, dicha autora afirma, entre otras consideraciones, que “no parece discutible que la voluntad de encarar un proyecto de vida trascendente —como el de ser padre o madre— requiere de un razonamiento circunstanciado”, y que en casos como el de que se trata, “ronda el temor al de la cosificación de las personas discapacitadas, favorecidos por el constante y aparentemente ilimitado avance de la ciencia”.

(34) En tal sentido, en el *Discurso al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad*, del 19 de mayo de 1956, Pío XII afirmó que “los cónyuges no tienen derecho al hijo, tienen derecho al acto sexual. El hijo es un don que Dios puede conceder o no, pero aunque no lo conceda, el acto sexual ya tiene una finalidad que lo dignifica: unir a los esposos”. Recordamos asimismo que en la “Instrucción so-

bre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, conocida comúnmente como Instrucción *Donum Vitae*, que fuera aprobada por el Papa Juan Pablo II el 22 de febrero de 1987, se señaló que “un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad: es más bien un don, el más grande y el más gratuito del matrimonio, y es el testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres. Por este título el hijo tiene derecho... a ser el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres y tiene también el derecho a ser respetado como persona desde el momento de su concepción”. Lo que fue reiterado en el *Angelus* del 31 de julio de 1994, donde se agregó, entre otros conceptos, que “por lo que se refiere a la ciencia, ésta tiene la obligación de mantener los procesos procreadores naturales, y no la función de sustituirlos artificialmente”.

(35) Conf., FRAGA, Agustina, “Derecho sucesorio y la fertilización *post mortem*”, cit., ps. 820 y ss.; HERRERA, Marisa, “Manual de Derecho de las Familias”, con la colaboración de Natalia de la Torre y Silvia E. Fernández,

no existir una disposición en contrario, pensamos que corresponde que se considere al hijo como *matrimonial* (36) del fallecido, y no como *extramatrimonial*, dado que biológicamente es hijo de dos personas que se encontraban casadas entre sí al tiempo de la muerte del marido, además de proceder genéticamente de este último, que consintió en la fecundación (37).

Creemos que una solución distinta adolecería de un exceso formal. Por otra parte, quizás no esté de más poner de relieve que no existe imposibilidad de ninguna especie para que una ley determine la categoría de *matrimonial* con respecto a un hijo que no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, como efectivamente ocurre en el supuesto contemplado en el artículo 9.2. de la ley española 14/2006, con relación a los hijos nacidos por fecundación *post mortem*, cuando se cumplen los requisitos que establece dicha norma, entre ellos, que el semen del marido sea utilizado para fecundar a su mujer dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento (38). El hecho de considerar dicha ley al hijo como *matrimonial* es calificado como una *ficción* por F. Blasco Gascó, lo que fundamenta en que al haberse producido la fecundación luego de la muerte del marido —o sea, luego de la disolución del matrimonio— el hijo no debería sino ser *extramatrimonial* (39).

Por su parte, Jorge Azpiri afirma que solo en el supuesto de que el marido hubiera expresado su voluntad para que con sus gametos se fecunde uno o más óvulos de su esposa después de su muerte, el nacido debe ser considerado su hijo, aunque agrega que ese hijo es de carácter *extramatrimonial*, lo que sostiene con fundamento en el art. 566 del Código Civil y Comercial, puesto

que —dice— “en la mayoría de los casos el nacimiento generado a partir de la inseminación *post mortem* se producirá después del plazo de trescientos días de la disolución del matrimonio por la muerte del marido y por ello no cabe sostener que el hijo pueda ser considerado *matrimonial*” (40).

María Rosa Lorenzo de Ferrando sostiene que resultaría inmoral que a la persona concebida luego del fallecimiento del causante con gametos de este, no le asistieran todos los derechos de hijo —incluyendo los hereditarios en la sucesión del padre prefallecido—, por cuanto en tal caso se lo trataría como desigual en comparación con los otros hijos (41). Mientras que Ferrer, en cambio, considera que en el supuesto en análisis, la persona “nacida de este procedimiento no tendrá, en principio, filiación paterna ni derecho hereditario en relación con el hombre del cual provino el elemento fecundante, pues así surge de los artículos 562 y 2279, inc. b) del Código Civil y Comercial” (42). Por su parte Loyarte y Rotonda afirman sobre el tema que se debería organizar un registro de embriones, con sus datos filiatorios, el cual no solo sería útil en el supuesto de la adopción prenatal, sino también en caso de muerte, en que los restantes herederos podrían en tal caso conocer su existencia (43).

En cambio, en el supuesto de que el fallecido no hubiera expresado su voluntad para que con sus gametos se fecunde el o los óvulos de su esposa o pareja, el nacido no tendrá relación filiatoria con él, pero sí será, en cambio, hijo de la mujer (conf., art. 562, Cód. Civil y Com.), aunque de carácter *extramatrimonial*.

Sin perjuicio de lo expresado, reiteramos que el hecho de haber transcurrido un tiempo

prolongado desde la muerte del causante sin que se haya producido el nacimiento podría resultar inconveniente por la incertidumbre que resulta con respecto a los bienes sucesorios —en especial, habiendo otros herederos—, lo que debería tratarse de eliminar estableciendo un tiempo máximo para el nacimiento, que estimamos en un año y medio contado desde la muerte del causante.

## VIII. Conclusiones

De lo hasta aquí expresado podemos concluir en que el inciso c) del artículo 2279 del Código Civil y Comercial debe tenerse por no escrito, así como en la conveniencia de prohibir en forma expresa —a fin de evitar que sean judicialmente autorizadas— prácticas como la fecundación *post mortem*, dado el claro perjuicio que se le causa a la persona nacida mediante un procedimiento de esa especie, ya que es violatoria del denominado *interés superior del niño*, entre otras causas, en su derecho a nacer en una familia regularmente constituida por el padre y la madre, anteponiéndose en caso contrario el interés de las personas mayores por sobre el de los hijos, a los que se instrumentalizaría a favor de aquellas.

No obstante, entendemos que los concebidos con posterioridad a la muerte del causante con gametos de este son hijos del fallecido y lo heredan —hijo matrimonial, en caso de que la madre haya estado casada con quien aportó los gametos—, aunque ello es así siempre que se hubieran cumplimentado los requisitos legales más arriba referidos y la práctica de la procreación *post mortem* haya sido autorizada judicialmente.

Por último, en una eventual futura legislación que se dicte sobre el tema en

la que se autorizare la fecundación *post mortem*, debería al menos establecerse un límite de tiempo máximo desde la muerte del causante para permitir la fecundación con sus gametos, además de legislarse de una manera tal que aclare definitivamente cuestiones actualmente discutidas, como el carácter de hijo por parte del nacido —lo que repercute en su derecho a la identidad—, así como el de heredero del fallecido, puesto que la aplicación de la normativa actualmente vigente continuará llevando muy posiblemente en el futuro a decisiones judiciales contradictorias, con la consiguiente falta de seguridad jurídica por parte de las personas involucradas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2529/2023

## Más información

Jáuregui, Rodolfo G., “La ‘autorización’ de la fecundación *post mortem*”, LA LEY 30/08/2022, 9, TR LALEY AR/DOC/2535/2022  
Ferrer, Francisco A. M., “La fecundación *post mortem*”, LA LEY, 2018-E, 1034, TR LALEY AR/DOC/2042/2018

## Libro recomendado

Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas

Autora y Coordinadora: María Zuñiga Basset  
Directores: Úrsula Basset - Alfonso Santiago.  
Edición: 2022  
Editorial: La Ley, Buenos Aires

Buenos Aires, 2016, p. 537, 4.3; GARCÍA de SOLAVAGIONE, Alicia, “Filiación por naturaleza o biológica”, en DFyP. Entre el derecho dado y el derecho proyectado, AA.VV., dirigido por Guillermo J. Borda y Coordinado por Carlos Pereira (h), Bs. As., 2014, p. 138, XXI, 4); JÁUREGUI, Rodolfo G., “La ‘autorización’ de la fecundación *post mortem*”, LA LEY 30/08/2022,1; JNCiv. Nº 98, fallo del 01-02-2022, LA LEY, diario del 30-08-2022. Conf., BOS-SERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., “Manual de Derecho de Familia”, 7ª ed., cit., p. 320, parágr. 413.

(36) Conf., MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “La Filiación”, Santa Fe, 1986, p. 209; MUÑIZ, Roberto Fabián - PITRAU, Osvaldo Felipe, “Filiación en el Derecho Internacional Privado”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dirigida por Carlos A. R. LAGOMARSINO y Marcelo U. SALERNO, t. II, Buenos Aires, 1992, p. 418; KRASNOW,

Adriana N., “La verdad biológica y la voluntad procreacional”, LA LEY, 2003-F,1150; GROSMAN, Cecilia, “Acción de impugnación de la paternidad del marido”, Buenos Aires, 1982, p. 104, cit. por ANDORNO, Luis O., “Responsabilidad civil en materia de genética y filiación”, en *Derecho de Familia. Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, cit., p. 386, autor que, en cambio, considera que el hijo es *extramatrimonial*, por haber sido concebido fuera del matrimonio. Conf. con esto último, MEDINA, Graciela, “De la naturaleza jurídica y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión de probeta”, en *Derecho de Familia. Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, cit., 1991, p. 342; CAFFERATA, José Ignacio, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, cit., ED, 130-738, b), 15; CARRANZA CASARES, Carlos A. - HE-

RRERA, Marisa, “La fecundación *post mortem* y su incidencia en el derecho de filiación”, RDF, nº 21, p. 41; SAMPENA, Josefina, “Fecundación artificial y derecho”, Asunción, Paraguay, 1998, ps. 66 y ss.; MORO ALMARAZ, María Jesús, “Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación ‘in vitro’”, Barcelona, 1988, p. 247.

(37) Conf., PÉREZ MONGE, Marina, “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”, Madrid, 2002, ps. 294 y 298.

(38) Para que se reconozca como hijo del marido a los nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer con gametos del esposo luego de muerto este, el Código de Familia de Cataluña, del año 1998, fija un plazo de 270 días desde la muerte, que podrá ser prorrogado por la autoridad judicial por justa causa y por un plazo máximo de 90 días (art. 92.2.). Similar es la disposición

establecida en el art. 97.2. para la filiación no matrimonial, que exige la convivencia entre el hombre y la mujer, aunque no se requiere un período mínimo de convivencia.

(39) “Derecho de Familia”, AA.VV., coordinado por V.L. Montés y Encarna Roca I Trías, 2ª ed., Valencia, 1995, págs. 402 y 406.

(40) “Juicio de Filiación”, Buenos Aires, 2017, 4ª ed., ps. 125 y s.

(41) “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, cit., p. 319.

(42) FERRER, Francisco A.M., “Código Civil y Comercial Comentado”, ob. cit., t. XI, ps. 96 y s.

(43) “Procreación humana artificial. Un desafío biotico”, cit., p. 406.

## Edictos

El juzgado de Primera Instancia en lo Civil Nº63, a cargo del Dr. Pablo Torterolo, secretarla única a mi cargo, sito en Av. De los Inmigrantes 1950, 4º piso de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires comunica por dos (2) días en autos “MURCIEGO JUANA MARÍA s/SUCESIÓN AB-INTESTATO Exp: 37824/2010 (Reservado) que la martillero Lorena Beatriz Ortega, Tel 1523372906, subastará el día 8 de noviembre de 2023, a las 11:45 hs (en punto), en la Oficina de subastará Subastas Judiciales, sita en Jean Jaures 545, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el inmueble sito en Juan B. Ambrosetti 108/10, Unidad Funcional 8, piso 4º departamento A, NC: C.7, S.45, M.79, P.31 de esta ciudad, matrícula 7-1975/8, Según constatación obrante en auto fs. 448 y 583. Se trata un semipiso en el barrio de Caballito, comuna 6, zonificación

R2all a 250 metros aproximados de la estación Acoyte del subte línea A, a 150 metros de la Avenida Rivadavia. El inmueble cuenta con una superficie aproximada de 105m2, se encuentra en regular estado de conservación y consta de un amplio living, dos dormitorios (uno al frente y uno al contrafrente), un amplio escritorio o pequeño dormitorio al frente todos con sus respectivos placards de madera en buen estado, cocina-comedor con alacenas y bajomesadas enchapadas en fórmica en estado regular, baño principal, toilette, dependencia de servicio amplia, con ducha y alacena, lavadero. El departamento tiene doble circulación conectándose el living con los dormitorios o los dormitorios y la cocina. Dado que se encuentra situado al frente del edificio cuenta con un amplio balcón al cual se accede desde el living pero que toma la totalidad

del frente. Asimismo, se informa que el inmueble se encuentra desocupado y con servicios de luz y gas vigentes. El edificio cuenta con ascensor principal y de servicio, agua caliente y calefacción central. Visitar: sábado 4 de noviembre de 2023 de 10:00 a 12:00 horas y lunes 6 de noviembre de 2023 13:00 a 16 horas. Condiciones de venta: La venta se realizará al contado y al mejor postor en el estado físico y jurídico que se encuentra. Base: ciento treinta y cinco mil dólares billetes estadounidenses (US\$ 135.000), Señal: 30%, Comisión: 3% más IVA, Sellado: de ley, Arancel Acordada 10/99 CSJN: 0,25%. Se hace saber que los concurrentes al acto de la subasta deberán asistir munidos de sus correspondientes documentos de identidad como así también de dinero suficiente en efectivo y en la moneda indicada (Dólares Billetes Estadounidenses) para

cubrir los importes correspondientes a la señal y comisión o sea 33% del precio ofertado, como asimismo al arancel aprobado por la Acordada nro. 10/99 del 0,25%. En caso de presentarse oferente por apoderado, deberá exhibirse el pertinente poder especial y para el supuesto de resultar comprador, el Martillero deberá, con antelación al cierre del acto de remate, anunciar a viva voz el nombre del poderdante, conforme la recomendación remitida por el Director de la Dirección de Subastas Judiciales, además de corroborar acabadamente los términos del poder especial otorgado y la identidad de la persona concurrente. Queda prohibida la compra en comisión, como así también, y hasta tanto se apruebe la subasta, la cesión del boleto de compraventa judicial. En el acto de suscribir dicho boleto de compraventa exigirá de quien o quie-

nes resulten compradores la constitución de domicilio dentro del radio del Capital Federal, bajo apercibimiento de que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas en la forma y oportunidad previstas por el art. 133 del C.P.C.C. Conforme lo resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, en pleno *in re* “Servicios Eficientes S.A. c/ Yabra, Roberto Isaac s/ Ejecución Hipotecaria”, hágase saber que: “No corresponde que el adquirente en subasta judicial afronte las deudas que registre el inmueble por impuestos, tasas y contribuciones, devengadas antes de la toma de posesión, cuando el monto obtenido en la subasta no alcanza para solventarlas”. Y que “no cabe solución análoga respecto de las expensas comunes para el caso de que el inmueble se halle sujeto al régimen de la ley 13.512. Deudas: AySA sin deuda

vencida y una deuda sin vencer de \$ 5.324,17 al 29/9/2023; ABL deuda vencida 11.931,82 y una deuda sin vencer de \$33.468,50 al 3/10/2023. Expensas una deuda vencida de \$368 al 3/10/2023. Valor de expensas a agosto 2023 \$101.051,21. De acuerdo con las restricciones vigentes por razones de pandemia, para concurrir a los remates el público deberá inscribirse previamente a través de la web del Alto Tribunal (<http://www.csjn.gov.ar/>) ingresando al link Oficina de Subastas-Tramites: turnos registro y deberá presentarse el día y hora asignado en Jean Jaures 545 Pb, Caba, con el formulario que indica el sitio aludido.

Se expide el presente para publicar por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 11 de octubre de 2023  
Claudia Andrea Bottaro, sec.  
LA LEY: I. 25/10/23 V. 26/10/23

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli  
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero


Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama  
Guadalupe Grande  
Jonathan A. Linovich  
Elia Reátegui Hehn  
Érica Rodríguez  
Marlene Slattery


PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.


Administración, Comercialización y Redacción:  
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)  
Bs. As. República Argentina  
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,  
Provincia de Buenos Aires.

 Thomsonreutersley

 [linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/](https://www.linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/)

 TRLaLey

 [thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html](https://thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html)

 Centro de atención al cliente:

0810-266-4444