

Sambrizzi, Eduardo A.

La fecundación posmortem

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Sambrizzi, E. A. (2012). La fecundación posmortem [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LA FECUNDACIÓN POSMORTEM

EDUARDO A. SAMBRIZZI

1. La norma proyectada

En el artículo 563 del Título sobre “Filiación” del Proyecto de Reformas a los Códigos Civil y de Comercio, se admite la denominada *fecundación posmortem*, lo que constituye una novedad en nuestra legislación, ya que no obstante los varios Proyectos anteriores presentados en nuestro país sobre procreación asistida que se referían al tema –incluido el Proyecto de Reformas del año 1998–, hasta ahora en nuestra legislación no se contempla la posibilidad de practicar una fecundación utilizando semen de una persona fallecida.

La disposición proyectada por la Comisión designada para la Reforma, dice así:

ARTÍCULO 563.- Filiación posmortem 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.

Antes de entrar al estudio particularizado de dicha disposición, creemos conveniente efectuar en forma previa un somero análisis con fundamento en las normas actualmente vigentes, del supuesto en el que efectivamente se produce la denominada *fecundación posmortem*, así como también la determinación de la filiación paterna de la persona concebida de tal manera y los derechos que le asisten, e igualmente efectuar una valoración ética de un procedimiento de esa especie.

2. Cuándo se produce la fecundación *posmortem*, filiación paterna del concebido de tal manera y derechos que le asisten con relación al aportante de los gametos

a) Cuándo se produce una fecundación posmortem

Es a nuestro juicio indiscutible que el supuesto de la fecundación *posmortem* se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida. Lo que no es así, en cambio, en el

caso de la implantación en la mujer de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón, por fecundación de un óvulo de aquella con semen de este último, por cuanto, en tal caso, la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte¹.

b) Determinación de la filiación paterna

De conformidad a las normas vigentes en materia de filiación, creemos que quien nació como consecuencia de la fecundación del óvulo materno con semen del hombre que falleció antes de esa fecundación, es hijo de este último y de la mujer que lo gestó, lo que es así en razón de haber el concebido recibido de quien murió, la mitad de su dotación genética². Dicha conclusión no variaría en el supuesto de que el causante no hubiera prestado conformidad para que con su semen sean fecundados los ovocitos de su esposa o de su pareja, ni tampoco en el caso de que se hubiera expresamente opuesto a ello, por cuanto, como regla general, en nuestro derecho la paternidad se determina por la vinculación genética que existe entre el hombre que aporta el semen, y la persona así concebida³.

Por otra parte, a pesar de que en el supuesto considerado la concepción se ha producido con posterioridad –en el caso de estar casados– a la disolución del matrimonio ocurrida por la muerte del esposo (art. 213, inc. 1° del Código Civil)⁴, pensamos que en este caso especialísimo –que, como señalamos, no se halla contemplado en forma expresa en el Código, que no se ocupa de la determinación de la filiación en el supuesto de la fecundación *posmortem*– corresponde, mientras no exista una disposición especial en contrario, que se considere al hijo como *matrimonial*⁵, y no como *ex-*

1. 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 *posmortem*, 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° 35/1988, como el 92 del Código de Familia de Cataluña, quedarían desnaturalizados si se entendiera producida la fecundación en vida y los embriones quedaran congelados sine die hasta que la viuda decidiera o no implantárselos (PIZARRO MAQUEDA, 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 *posmortem* 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 *posmortem*, 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.

2. Conf. nuestros trabajos Tratado de Derecho de Familia, Buenos Aires, 2010, t. VI, págs. 280 y sigs., n° 1367; y La Filiación en la Procreación Asistida, Buenos Aires, 2004, págs. 214 y sigs., n° 66. No obstante y como pone de relieve María Josefa Méndez Costa, es muy posible que en el supuesto de que el hijo naciera después de los 300 días de la muerte del marido, deba iniciar una acción de reclamación de filiación, debido a la circunstancia de no presumirse en tal caso la paternidad (La Filiación, Santa Fe, 1986, pág. 209; de la misma autora: Derecho de Familia, Santa Fe, 1990, t. III, pág. 51). Conf., MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, GRACIELA N., Bioderecho, Buenos Aires, 1998, pág. 68. Naturalmente que dicha acción resultaría innecesaria en el caso de haberse producido el nacimiento dentro de los trescientos días de la muerte, conforme resulta del art. 243 del Cód. Civil.

3. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., Procreación humana asistida: Un desafío bioético, Buenos Aires, 1995, págs. 298 y sigte. Con relación a la falta de conformidad del marido, dichas autoras afirman que al no existir una voluntad expresa del mismo para inseminar a su esposa con su semen luego de fallecido, la mujer no podría reclamar el cumplimiento de la inseminación, aunque aclaran que si no obstante ello, igual fuera fecundada con ese semen, el hijo sería de ambos; solución que, consideran con razón, también sería aplicable en el supuesto de que la mujer hubiera sido inseminada con semen de su marido o conviviente, a pesar de la revocación por parte de estos de la autorización que previamente hubieran prestado para que su semen fuera utilizado con ese destino.

4. Ver al respecto, ALTERINI, Atilio Anibal, “Cuerpo humano. Persona y familia”, en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, pág. 313, e).

5. Conf., MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, La Filiación, cit., pág. 209; MUÑIZ, ROBERTO FABIÁN y 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, pág. 418; KRASNOW, ADRIANA N., “La verdad

tramatrimonial, dado que biológicamente es hijo de dos personas que se encontraban casadas entre sí al tiempo de la muerte del marido. Cabe asimismo señalar que no existe una imposibilidad legal para que la ley determine la categoría de *matrimonial* con respecto a un hijo concebido luego de disuelto el matrimonio, 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 *posmortem*, cuando se cumplen los requisitos que establece dicha norma.

Aparte de los autores recién citados en nota, María Rosa Lorenzo de Ferrando sostiene, entre otros, el carácter extramatrimonial del hijo nacido con gametos del marido luego de los trescientos días de la muerte de este, lo que fundamenta en el hecho de que, en tal caso, no operaría la presunción de paternidad que consagra lo normado en el artículo 243 del Código Civil⁶. Soto Lamadrid llega a la misma conclusión, y aclara que considera en tal caso factible el ejercicio de una acción para determinar la filiación paterna⁷.

Por nuestra parte, creemos que la solución de considerar al hijo como extramatrimonial, adolece de un exceso formal. En cambio, entendemos que en el supuesto de que los padres hubieran estado divorciados, el hijo concebido con semen del ex esposo luego de la muerte de este, será efectivamente extramatrimonial, aunque ello es así siempre que el nacimiento se hubiera producido con posterioridad a los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio (conf., art. 243, *in fine*, Cód. Civil).

En cambio, por aplicación de las normas proyectadas en materia de filiación por la Comisión de Reformas, tanto el padre como la madre, o los dos padres o las dos madres del concebido son quienes hubieran prestado un consentimiento libre e informado para someterse al uso de las técnicas de procreación asistida, pudiendo inclusive el nacido tener un solo padre, si solo fue una persona quien prestó dicho consentimiento⁸. La solución también es la misma en caso de fecundación *posmortem*, aunque ello es así únicamente si se dan las circunstancias contempladas en la 2ª parte del artículo 6 transcripto al comienzo de esta nota.

c) Derechos de los hijos concebidos *posmortem* en relación con el aportante del semen

El hecho de considerar a la persona que falleció como padre del nacido, le da a este último los derechos derivados de ese estado, como ser, entre otros, el de usar el apellido del padre, y la posibilidad de poder reclamar alimentos a los parientes por consanguinidad, en el orden que resulta del artículo 367 del Código Civil; además del derecho de visitas (art. 376 *bis*). En ese mismo sentido, Miguel Ángel Soto Lamadrid afirma lo siguiente con relación al hijo concebido después de la muerte de su padre: “Nosotros coincidimos en que se trata de un hijo extramatrimonial y también que carece de derechos hereditarios, pero, ¿por qué no podrá ese hijo llevar el apellido de su padre? Debe que-

biológica y la voluntad procreacional”, LA LEY, 2003-F-1150; GROSMAN, CECILIA, Acción de impugnación de la paternidad del marido, Buenos Aires, 1982, pág. 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., pág. 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, recién cit., pág. 342; CAFFERATA, JOSÉ IGNACIO, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, ED, 130-738, b), 15; CARRANZA CASARES, CARLOS A. y HERRERA, MARINA, “La fecundación *post mortem* y su incidencia en el derecho de filiación”, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 21, pág. 41; SAPENA, JOSEFINA, Fecundación artificial y derecho, Asunción, Paraguay, 1998, págs. 66 y sigtes.; MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS, Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, Barcelona, 1988, pág. 247.

6. “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, cit., pág. 319, n° 5.

7. Biogenética, filiación y delito, Buenos Aires, 1990, pág. 97.

8. Véase al respecto nuestra nota “La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación”, La Ley, diario del 3 de noviembre de 2011.

dar claro que el hijo póstumo tiene todos los derechos derivados de la filiación, excepto el derecho a heredar a su padre..., y que no es necesario reglamentar sus prerrogativas porque estas surgen ya, expresamente de la ley. En realidad, no debería cuestionarse qué derechos tiene el hijo nacido de la inseminación *posmortem*, sino cuáles son los que no puede ejercer en razón de la forma y época en que se produjo la concepción”⁹.

Graciela Medina señala que el embrión crioconservado –actuando por medio de su representante– también podría reclamar alimentos, comprensivo de los gastos necesarios producidos en el centro médico en el cual haya tenido lugar la fertilización *in vitro* y el posterior congelamiento¹⁰. Por su parte, Zannoni afirma que la ley no podría dejar de atribuir la paternidad a ciertos efectos, al menos –agrega– a fin de proteger el interés familiar del hijo, que de otra manera carecería de filiación paterna¹¹.

Claro que no todos los autores están de acuerdo con lo señalado, habiéndose afirmado al respecto que si el nacimiento se hubiera producido más allá del plazo de trescientos días de la muerte del esposo y padre biológico, “el nacido no tendrá derecho alguno, pues a pesar de haber existido el presupuesto biológico, este no debe trascender al plano jurídico, ya que podría alentar a la viuda a procrear herederos aun muchos años después de la muerte de su cónyuge”¹². Con lo cual no podemos coincidir, por cuanto de otra manera se debería concluir, ya no en la existencia de un hijo con padre desconocido, sino en la de un hijo sin padre, lo cual –salvo en un procedimiento de clonación– no es lógicamente posible; además de inconveniente para el hijo, cuyo interés se debe proteger en forma prioritaria.

Y en cuanto a los efectos que el procedimiento en cuestión tiene con relación a las reglas sucesorias, siguiendo una recomendación del Informe *Warnock* se ha afirmado que el hijo concebido luego de la muerte de su padre biológico no tiene derecho a heredarlo¹³, solución que parece contradictoria desde un punto de vista lógico, al impedirle al mismo heredar a quien es su verdadero padre no solo legal, sino también biológicamente. No obstante, en nuestro derecho resulta claro que para que tenga derecho a suceder al causante, el heredero debe estar al menos concebido –ya sea dentro o fuera del seno materno– en el momento de la apertura de la sucesión (arts. 3287 y 3290, Código Civil)¹⁴. Requisito que se encuentra cumplimentado en el supuesto de que el embrión hubiera estado fecundado con los gametos del padre antes de la muerte de este¹⁵. Lo cual es así aun en el caso de que estuviera crioconservado y naciera después de los trescientos días posteriores al fallecimiento de su padre; aunque en ese supuesto resulta conveniente establecer, con la finalidad de evitar la incer-

9. Biogenética. Filiación y delito, cit., págs. 102 y sigte.

10. “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, pág. 343, n° 3.

11. Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 2, pág. 552, parágr. 1059, nota 60.

12. INIGO DE QUIDIELLO, DELIA B., LEVY, LEA MÓNICA y WAGMAISTER, ADRIANA MÓNICA, “Reproducción humana asistida”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1994, t. III, pág. 559.

13. Conf., ACOSTA DE FARAH, MARIEL VICTORIA y 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 Derecho, de la Universidad Católica del Norte, Campos Guayacán, 2000, pág. 117; TOBIÁS, JOSÉ W., Derecho de las Personas, Buenos Aires, 2009, pág. 91; LORENZO DE FERRANDO, MARÍA ROSA, “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, cit., pág. 319, quien con fundamento en la inmoralidad que resultaría de tratarlo como desigual en comparación con los otros hijos, sostiene que la legislación debería prever que al hijo nacido en esas condiciones le asisten todos los derechos, incluyendo los hereditarios en la sucesión del padre prefallecido.

14. Conf., entre otros, BOSSERT, GUSTAVO A., “Fecundación asistida”, JA, 1988-IV-878. Ello no es así, en cambio, de acuerdo al Código Civil de Paraguay, que no requiere que el hijo esté concebido al tiempo de la muerte del causante para poder heredarlo; ver al respecto, SAPENA, JOSEFINA, Fecundación artificial y derecho, cit., págs. 72 y sigtes.

15. Conf., LOYARTE, DOLORES y ROTONDA, ADRIANA E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., pág. 333. JOSÉ RAÚL VELAZCO considera que una futura legislación debería establecer que todo hijo no implantado en el útero materno al morir el padre, no lo heredará (“Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial”, JA, 1995-II-950).

tidumbre relacionada con los bienes sucesorios, un límite al derecho a heredar, determinado por la fijación de un período de tiempo máximo para el nacimiento, contado desde la muerte del causante¹⁶.

3. Evaluación ética del procedimiento de fecundación *posmortem*

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 *posmortem*. Pues bien, dejando por el momento de lado la valoración que nos merecen los procedimientos de procreación asistida, debemos poner de relieve con respecto a la fecundación *posmortem*, 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 desarrollo¹⁷. En la Instrucción *Donum Vitae* se ha puesto con razón 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”. Y si bien es cierto que el hecho de nacer con un solo padre también se produce cuando el otro fallece antes del nacimiento del hijo, la diferencia estriba que en la fertilización posterior al fallecimiento de uno de los esposos se coloca al hijo *en forma voluntaria* en un hogar disgregado, en lugar de ocurrir ello por una causa de fuerza mayor, como se produce en el caso de la muerte, que constituye una situación no deseada.

El principio de *libertad*, en el cual, junto con el de *igualdad*, se basan quienes se pronuncian a favor de la fecundación *posmortem*, 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 *posmortem* se halla “aprisionado al proyecto identificatorio de un solo sexo”¹⁸, siendo fundamental para su desarrollo la presencia de ambos progenitores; se ha llegado inclusive a afirmar que “un niño no puede vivir psíquicamente sino mediante una relación humana triangular”¹⁹. Siguiendo esas pautas, Dolores Loyarte y Adriana Rotonda señalan que la inseminación *posmortem* no contribuye a favorecer la realización de la vida plena del hijo, al que se

16. Loyarte y Rotonda afirman que se debería organizar un registro de embriones, con sus datos filiatorios, el cual no sólo 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 (Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., pág. 406).

17. 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”, cit., 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; SAPENA, JOSEFINA, “Fecundación *posmortem*”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 43, julio/agosto 2009, págs. 467 y sigte., II, y pág. 469, III, 2.; BOSSERT, GUSTAVO A., “Fecundación asistida”, cit., JA, 1988-IV-878; TOBIAS, JOSÉ W., Derecho de las Personas, cit., págs. 90 y sigte., n° 8; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL HUGO, Derecho de Familia, cit., III, pág. 51; VELAZCO, JOSÉ RAÚL, “Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial”, cit., JA, 1989-II-947 y 948; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, GRACIELA N., Bioderecho, cit., pág.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 INIGO 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 este hubiera prestado su consentimiento (“Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas”, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 2, Buenos Aires, 1989, pág. 61).

18. VIDELA, MIRTA, Los derechos humanos en la bioética, Buenos Aires, 1999, pág. 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”.

19. VIDELA, MIRTA, Los derechos humanos en la bioética, cit., pág. 143.

lo priva premeditadamente de la vivencia del vínculo paterno, que constituye uno de los elementos estructurantes de la personalidad, teniendo también el mismo un derecho integral de asistencia moral y material exigible a sus progenitores²⁰.

Tal como se ha sostenido, los llamados *derechos reproductivos* no pueden atentar 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, que, entre otros supuestos, se ve atentado en el caso de inseminación *posmortem*, como también en la procreación asistida practicada por homosexuales o por una mujer sola²¹.

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 –y en otros– el legislador, 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 disvaliosas²².

También Zannoni se ha pronunciado en contra de la práctica de la fecundación *posmortem*, habiendo dicho autor afirmado 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 matrimonio²³.

Por su parte, Jaime Vidal Martínez ha sostenido que la fecundación *posmortem* implica un ejercicio desorbitado del derecho de procrear, ínsito en el de fundar una familia, que, como tal, concluye con la muerte del titular. También ha resaltado la necesidad de la exigencia, cuanto menos, de un proyecto parental para autorizar el recurso a las técnicas de que se trata, siendo la lógica consecuencia la de negar la posibilidad de ejercerlas cuando falta el presupuesto de la pareja procreadora. Lo cual es así, agrega, salvo que se parta de la concepción individualista del *derecho al hijo* –que dicho autor con razón condena–, supuesto en el cual, dice, en cierto modo resulta coherente admitir la posibilidad de obtener el hijo deseado pese a la muerte del marido o de la pareja conviviente²⁴.

Queremos asimismo recordar aquí la recomendación contenida en el punto 13 del Informe del Parlamento Europeo del año 1990 sobre fecundación artificial, donde se afirmó que “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

20. Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., pág. 292. Recuerdan las mencionadas autoras el art. 7° 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”.

21. VEGA GUTIÉRREZ, ANA MARÍA, “Los derechos reproductivos en la sociedad posmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1998, págs. 40 y 41.

22. Bioética y Derecho Humanos. Temas y casos, Buenos Aires, 1999, págs. 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 ROMUALDI, 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 *posmortem* viola la identidad genética del niño, que tiene derecho inalienable de ser concebido por padres vivos.

23. Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 2, págs 551 y sigte., a), parágr. 1152.

24. “La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1998., págs. 110 y sigtes.

marido difunto; no se deben producir huérfanos artificiales a través de la fecundación artificial”²⁵. También recordamos la recomendación practicada en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia celebrado en la ciudad de Panamá en el año 1997, de prohibir la fecundación *posmortem*.

4. Análisis de la norma proyectada

No obstante los cuestionamientos éticos recién reseñados, en la norma proyectada, transcripta al comienzo de esta nota, se admite la fecundación del óvulo de una mujer con semen de una persona fallecida. Pero la admisión del vínculo filial entre el concebido y la persona fallecida se limita a los supuestos de las personas casadas, así como de aquellas que integran la que en el Proyecto se denomina “unión convivencial”; aunque ese vínculo solo se produce si se cumplen los requisitos establecidos en la segunda parte de la norma, por lo que de no haber ello ocurrido, el vínculo sería inexistente, aun cuando la fecundación se hubiera producido mediante el aporte del semen del fallecido. La limitación proyectada llama la atención, dado que en las restantes normas del Proyecto se admite en forma amplísima la práctica de la procreación asistida (dentro de la cual también se permite la denominada *maternidad subrogada*), tanto para personas casadas o no, como también para personas solas, sea que se trate de hombres o de mujeres.

En el supuesto de que se tratara de la unión de dos mujeres, el semen deberá necesariamente pertenecer a un donante (lo que también podría ocurrir aun cuando el fallecido fuera un varón), no obstante lo cual, de producirse el supuesto de excepción contemplado en la segunda parte de la norma proyectada, la persona fallecida –en el caso de que fuera una mujer– será considerada madre del nacido. Y ello, a pesar de la inexistencia total de todo vínculo, no solo biológico sino también social entre ambas personas, y al hecho de haberse producido la concepción luego del fallecimiento; por lo que la solución admitida no puede sino ser calificada como excesiva.

Hacemos asimismo notar que en el supuesto de excepción no se encuentra contemplado el caso de que antes del fallecimiento hubiera comenzado el procedimiento necesario para la posterior implantación, como ocurre en España²⁶, ni tampoco cuando el fallecido hubiera prestado su consentimiento informado y libre simplemente para la práctica de la procreación asistida, sin mención alguna sobre la implantación de sus gametos a la mujer en el supuesto de fallecimiento.

5. Conclusiones

Por lo hasta aquí afirmado, no coincidimos con el contenido de la disposición proyectada en el artículo 563. Por de pronto y tal como más arriba afirmamos, el procedimiento de la fecundación *posmortem* hace que el niño nazca con un solo padre vivo, con lo que se lo priva de la atención y la relación con el otro progenitor, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo, atentando de tal manera contra su legítimo interés.

Si bien dicha circunstancia bastaría para cuestionar la disposición proyectada, cabe señalar que no obstante ser de alguna manera positivo el hecho de limitar el vínculo filiatorio a los supuestos en que el procedimiento se produce con relación a las personas casadas o que integran un “vínculo convivencial”, bien puede afirmarse que dicha limitación es contradictoria con la amplitud establecida en otras normas del Proyecto relacionadas con la determinación de la filiación en materia de procreación asistida.

25. Véase al respecto, BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE, en *El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética*, Madrid, 1996, pág. 125.

26. En efecto, de acuerdo al art. 9.2. de la ley española 14/2006, el consentimiento para la fecundación *posmortem* 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”.

Además, nos parece inconveniente la aplicación de la norma cuando la cónyuge o conviviente fallecida es una mujer, por cuanto de darse el supuesto contemplado en la segunda parte del artículo, el vínculo filiatorio que en tal supuesto se producirá entre esa mujer y el nacido, carece de una base real, dada la inexistencia de todo vínculo con este último, no solo biológico sino también social.

Tampoco estamos de acuerdo con la inexistencia de vínculo filiatorio entre el nacido y la persona fallecida, cuando el óvulo de la mujer hubiera sido fecundado con semen del muerto sin haberse cumplimentado los requisitos establecidos en la segunda parte de la norma proyectada, pues de tal manera se conculca el derecho a la identidad del niño.

En definitiva, creemos que la norma en cuestión agrede el interés superior del niño, de carácter prioritario por aplicación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño –que tiene jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, CN)–, como de la ley 26.061.