Título: Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principuio de legalidad
Autores: De la Torre, Natalia - Uman, Nadia
Publicado en:
Cita Online: AP/DOC/2091/2012

Sumario: I. Introducción.— II. Los fundamentos del tribunal.— III. El consentimiento presunto y el principio de voluntad procreacional.— IV. La fecundación post mortem y el derecho filial en el sistema actual del Código Civil.— V. La respuesta en el derecho comparado.— VI. La propuesta del anteproyecto de reforma del Código Civil.— VII. Palabras de cierre

(*)

(**)

I. INTRODUCCIÓN

El fallo en análisis coloca nuevamente sobre el escenario a dos protagonistas yuxtapuestos y hasta el momento sin ilación en el derecho argentino: la práctica extendida de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) en tanto realidad y el vacío legal en tanto respuesta del sistema jurídico.

En plenos aires de reforma del Código Civil, desde estas líneas queremos celebrar la posibilidad de que esta escisión sea zanjada y advertir la necesidad urgente de repensar en forma interdisciplinaria una ley especial que acompañe los lineamientos básicos que la reforma prevé en el capítulo de filiación al cual nos referiremos en uno de los apartados de este comentario.

En especial, la sentencia judicial que intentamos abordar circunda el tema de las TRHA a una de sus problemáticas; la fecundación post mortem en caso de fallecimiento del marido (1). Es dable aclarar desde el inicio que el supuesto en análisis se refiere únicamente al caso de fecundación post mortem con gametas del marido, obtenidas y crioconservadas en vida de éste (2).

Por tal motivo, estará ausente en este comentario toda referencia a casos como los de solicitud de extracción de esperma una vez acaecido el fallecimiento, así como los casos de transferencia de preembriones ya fecundados in vitro en vida del cónyuge que luego fallece. Debate, este último, extenso y complejo, que encierra problemáticas tales como definir la entidad jurídica del embrión y establecer cuándo ha de entenderse que comienza la vida humana.

Entrando ya al análisis del fallo, sintetizaremos los hechos del caso del siguiente modo. Un hombre y una mujer contraen matrimonio en 2005. Luego de transcurrido un tiempo, buscando un embarazo sin lograrlo y ante el diagnóstico médico que indicaba que la mujer padecía de poliquistosis ovárica que impedía el embarazo, el matrimonio acude a un centro especializado en fertilidad y reproducción asistida. En dicho centro, el médico tratante les aconseja proceder a una fertilización asistida. En junio de 2010, el matrimonio da su consentimiento para crioconservar las gametas masculinas del marido a los efectos de proceder a un posterior implante. En el mismo mes y año, al marido le diagnostican un linfoma no Hodgkin a causa del cual, el 13/3/2011, se produce su fallecimiento. Meses después, ante la negativa del centro a proseguir la fecundación asistida prevista utilizando las gametas del marido premuerto, la mujer interpone una demanda de acción declarativa de certeza (art. 322, CPCCN) (3) en el Tribunal de Familia de Morón n. 3. El objeto de la demanda: que el tribunal declare que no existe impedimento alguno para que se le efectúe el implante del material genético crioconservado en el centro de

fertilidad y reproducción asistida Procrearte (4).

En un fallo no muy extenso, del 21/11/2011, la jueza resuelve de manera favorable la solicitud de la mujer, autorizando la utilización del semen criopreservado el 17/6/2010 en el centro médico de fertilidad con el fin de intentar la reproducción humana por los métodos que los médicos consideren apropiados al caso.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL

Resaltando el "asincronismo entre ciencia y derecho" y los consecuentes vacíos jurídicos que esto representa, el fallo construye su decisorio afirmando, en primer lugar, que estas indefiniciones no autorizan a los jueces a descartar sin más las solicitudes que no tengan basamento en una normativa legal específica que encuadre el caso particular.

Obligados por lo prescripto en los arts. 15 y 16, CCiv., en su redacción actual, los jueces no pueden dejar de fallar. Pero, ¿cómo hacerlo ante el vacío existente? Nuevamente, el derecho constitucional y convencional proporciona la respuesta ante un orden jurídico inferior, donde manda el silencio si a TRHA nos referimos.

En este caso, el principio de legalidad que emana del art. 19, CN, reproducido también en el art. 25, Const. Bs. As., nos dice que todo lo que no está prohibido está permitido. "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Por otro lado, nos dice el tribunal, existe un derecho a la salud consagrado a nivel convencional internacional e incorporado en nuestra Constitución (art. 75, inc. 22), posreforma de 1994, que ampara a la solicitante en tanto padece infertilidad en su aparato reproductivo. La salud reproductiva fue definida en estos términos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos".

Sin embargo, el entramado argumental de la sentencia no termina allí, como bien indica la jueza, no se nos escapa que tal derecho a la salud reproductiva puede ser preservado sin necesidad de intervención judicial. ¿De qué modo? Acudiendo a un banco de esperma y realizando una fertilización heteróloga con donante anónimo de gametas masculinas.

De este modo, entramos ya al nudo gordiano de la sentencia que comentamos: ¿por qué autorizar la reproducción humana con el material genético del marido fallecido?

En primer lugar, nos dice la sentenciante, porque lo que se está peticionando es continuar con un proyecto de familia que se construyó con quien hoy se encuentra fallecido. No es un hijo lo que esta mujer ansía, sino el hijo que soñó y planificó con su marido y que por los desarrollos de la ciencia de hoy le es posible conseguirlo. Esta afirmación pone de relieve que la ultima ratio para reconocer el derecho al uso de estas técnicas está en el derecho constitucional a la protección familiar unido a la autonomía respecto de cómo decidir conformarla. Casos como el presente nos muestran la fragilidad del discurso que condiciona el acceso a las TRHA a supuestos de infertilidad, ya no sólo frente a supuestos de parejas del mismo sexo o de hombres y mujeres solas, sino también frente a parejas heterosexuales infértiles en la fecundación post mortem. Este discurso, que no compartimos, rotula la fecundación post mortem justamente como una desviación de la finalidad terapéutica de las TRHA (5).

En segundo lugar, prosigue la jueza, porque existió un consentimiento expreso del marido de crioconservar su esperma para luego ser utilizado en el procedimiento de fertilización asistida aconsejado. Pero huelga interrogar, ¿consentimiento válido para después de su muerte? Es aquí donde la sentencia hace uso de la figura del consentimiento presunto, deduciendo que si el marido, en junio de 2010, prestó el consentimiento para criopreservar su material con fines reproductivos y, una vez diagnosticada su enfermedad, teniendo la posibilidad de revocar dicho consentimiento —durante sus últimos nueve meses de vida— no lo hizo, es presumible entender que ese consentimiento se mantuvo.

Éstos son, sintéticamente, los fundamentos utilizados por el tribunal para otorgar la autorización. Como se podrá observar, ninguna mención explícita se hace del vínculo filial paterno de este futuro hijo póstumo. La autorización permite imaginar dos mundos posibles: uno en donde se autoriza la utilización del esperma pero sin reconocer relación jurídica alguna entre el hijo nacido por TRHA y el marido fallecido; el otro, donde la autorización implica el reconocimiento del vínculo filial entre el marido fallecido y el hijo póstumo. A esta última posibilidad se le suma el interrogante de determinar el tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, tema que, a pesar de la sanción de la ley 23.264, que ha igualado en derechos a los hijos, presenta relevancias fácticas en lo que hace a la determinación de la filiación y a sus correspondientes acciones.

Sin embargo, antes de introducirnos en el análisis de lo que no dice el fallo, nos parece acertado profundizar más sobre esta figura del consentimiento presunto sobre la que se construye el decisorio judicial.

III. EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y EL PRINCIPIO DE VOLUNTAD PROCREACIONAL

Las TRHA, entre ellas la fecundación post mortem, ponen en crisis la mirada unidimensional, normativa y excluyente que asocia la maternidad/paternidad como el lugar de "lo natural" construida sobre la base de la preeminencia de los lazos biológicos-genéticos (6).

El instituto jurídico de la adopción, de acogida en nuestro ordenamiento desde 1948, podría indicarnos que tal construcción biologicista se ha visto flexibilizada en pos de abrigar un concepto de maternidad/paternidad más amplio acorde con la idea de un derecho de las familias en plural. Sin embargo, esta presunción no es tal, no hay que olvidar que la figura de la adopción tiene en miras el derecho de todo niño a vivir en una familia. El foco está invertido. Algunas voces doctrinarias parecen no advertirlo cuando insisten en trazar paralelismos ilimitados entre este instituto y las TRHA. Un claro ejemplo que ilumina la cuestión se observa cuando se habla de "adopción de embriones".

La maternidad/paternidad a la que acceden, en todos los casos, parejas heterosexuales, homosexuales, hombre y mujeres solos, como resultado de la aplicación de las TRHA se asienta sobre el principio de la voluntad procreacional. "En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRHA, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética. Se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización y/o desgenetización de la filiación', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de 'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional'" (7).

No es objetivo de estas líneas indagar hasta qué punto este principio opera u operaría en forma independiente como generador de vínculos filiales —tema de sumo interés para ser tratado en futuros trabajos— sino, más bien,

advertir que la fecundación post mortem, tal como está autorizada en el fallo que venimos comentando, presupone este principio. La voluntad procreacional debe ser plasmada en los hechos con la ocurrencia del otorgamiento de un consentimiento informado y libre por parte de las partes. Es este consentimiento el que nos determina en cabeza de quién existe voluntad procreacional, pudiendo coincidir o no con la misma persona que presta las gametas masculinas y/o femeninas y/o la persona que gesta el niño en su vientre.

Ahora bien, como en nuestro país no existe un marco legal que regule situaciones como la presente —que establezca los modos en que ese consentimiento debe ser prestado, ante qué organismo, en qué oportunidad y con qué alcance—, la respuesta de la justicia es dirimir la cuestión con una presunción, un consentimiento tácito. Creemos que esta solución es la menos restrictiva del derecho de la cónyuge a formar una familia de acuerdo con el plan de vida pergeñado junto con su marido, hoy fallecido, en el libre juego de sus autonomías. Como, también, la más acorde con el respeto a la presunta voluntad procreacional del marido, que se ve reforzada por el criterio unánime de toda su familia, padres y hermana, que sostienen que "el deseo de J. O. L. era el de ser padre".

Coincidimos en este punto con la interpretación del fallo. "Hoy en día se sabe que la fecundación practicada con estas técnicas, en especial si se crioconserva semen, puede concretarse después de la muerte de quien proporcionó los gametos. Por ello, es dable presumir —salvo prueba en contrario— que si se guardó silencio en esas circunstancias, en forma tácita se la ha consentido. O al menos no existió oposición a ello" (8).

Para terminar este apartado y reforzar nuestra argumentación queremos resaltar que no es una innovación dentro de nuestro derecho hablar de consentimiento presunto o tácito. Un ejemplo claro, en donde opera esta presunción, lo encontramos en la Ley de Trasplante de Órganos. El art. 19 bis —incorporado a la ley 24.193 con la reforma producida por la ley 26.066, sancionada en 2005— nos dice: "La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de 18 años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado".

La ablación de órganos y las TRHA se configuran en el campo de los derechos personalísimos y comparten el mismo ámbito temático, la bioética. De este modo, es fácil advertir que si la Ley de Trasplante de Órganos reconoce el principio de la voluntad presunta, por el principio de analogía y ante el vacío legal existente, es válido extender la aplicación al campo de las TRHA.

IV. LA FECUNDACIÓNPOST MORTEMY EL DERECHO FILIAL EN EL SISTEMA ACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL

Nos enfrentamos en este apartado a la problemática que suscita el uso de esta técnica de fecundación post mortem en el entramado del sistema filial argentino vigente. ¿Cómo dar respuesta a estos avances biotecnológicos con un Código Civil que no fue reformado de manera integral desde su sanción en 1871? Es una pregunta difícil de responder, y esta dificultad se observa y persiste en muchas de nuestras sentencias judiciales —y en mucho de sus silencios—.

Nuevamente, es necesario recordar que, en el caso que venimos analizando, la actora —cónyuge supérstite— presentó una demanda a la justicia que perseguía una acción declarativa al solo efecto de que se le permita utilizar el semen congelado de su marido fallecido. De ello se deduce que dentro del thema decidendum delimitado por la parte no estaba incluida la problemática del vínculo filial de ese futuro hijo póstumo y el marido fallecido. El principio procesal dispositivo confía a las partes el estímulo y la puesta en marcha del aparato jurisdiccional (9).

Sin embargo, parece paradójico que una decisión judicial ignore esta falencia en el planteo y otorgue una autorización haciendo hincapié en la continuación del proyecto familiar sin hacer mención al futuro emplazamiento filial. ¿Y la primacía del derecho del niño a que sea tenido en cuenta en toda decisión judicial o administrativa emanada del Estado? Será la justicia quien, nuevamente, ante la imposibilidad de inscribir la filiación paterna del niño en el Registro Civil y, siempre que se lo peticione, dirima la cuestión.

Teniendo en cuenta la plataforma fáctica planteada, fácil es advertir que en caso de producirse el embarazo y el posterior nacimiento del/la niño/a o los/las niños/as, éste sucederá fuera del término que la ley fija como límite para que sea operativa la presunción de la paternidad del marido de la madre. Nacerá después de los trescientos días de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges (art. 243, CCiv.). Por lo cual, si no existe posibilidad de reconocimiento expreso, cabrá recurrir a lo dispuesto en el art. 254 del mismo cuerpo legal. Dentro de un juicio de reclamación de filiación entablado por la madre en representación de su hijo, o del hijo cuando su autonomía progresiva se lo permita, quedará establecido el vínculo filial entre el hijo y quien era el marido de la madre, con la realización de la prueba biológica. "Por otra parte, el debate sostenido por otros autores referente a si el concebido post mortem debe ser considerado hijo matrimonial o extramatrimonial carece de todo sentido en la práctica, desde que la ley 23.264, al modificar el art. 240, CCiv., estableció la equiparación de los derechos que acuerda la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial" (10).

Un tema que la parte sí tuvo en cuenta a la hora de englobar los hechos y otorgar pruebas en su escrito de demanda fue el problema del orden sucesorio —lo que nuevamente nos induciría a pensar que el pedido implicaba implícitamente la relación filial con el causante, a pesar del silencio—. Sin embargo, si nos atenemos a la normativa vigente en nuestro Código Civil, el art. 3290 determina que el que no está concebido a la muerte del autor de la sucesión es incapaz de sucederlo. Por lo cual, el supuesto de fecundación post mortem en el régimen actual no otorga derecho hereditario alguno al hijo póstumo nacido de esta técnica, por más juicio de filiación posterior que se intente. ¿Es justa esta solución? ¿El reconocimiento del vínculo filial y el emplazamiento en un estado familiar no deberían ir en sintonía con el reconocimiento del derecho a heredar? ¿En todos los casos? Serán preguntas que intentaremos esclarecer en los apartados siguientes.

V. LA RESPUESTA EN EL DERECHO COMPARADO

Nuevamente, el avance científico de las TRHA es un fenómeno con impacto mundial y su consecuencia directa es la proliferación de legislación diversa en la materia. Aunque la gran mayoría de los Estados aún no ha regulado de manera integral el uso de estas técnicas, los Estados que cuentan con legislación específica —principalmente, el derecho europeo y anglosajón— han receptado, o intentado receptar, estos avances de acuerdo con su orden jurídico, identificando y delimitando el espacio dejado a la autonomía personal. Cada legislación ha optado por distintos grados de injerencia estatal dentro del amplio espectro de situaciones que puede presentarse a raíz del uso de estas técnicas; la inseminación post mortem no es una excepción. Un breve recorrido por la legislación vigente permite reflexionar acerca de cómo se ha regulado la fertilización post mortem en el derecho comparado.

Dentro de las primeras leyes dictadas en la materia, la regla general ha sido la prohibición; entre las leyes más antiguas existen abundantes ejemplos que impiden el uso de material genético desde el momento que fallece el hombre. Basta con observar las leyes vigentes en Francia (ley 94-654), Italia (ley 40/2004), Suecia (ley 1140/1984), Noruega (ley 68/1987), Costa Rica (dec. 24.029-S/1995), entre otras, para arribar a la conclusión de que la mayoría de los Estados que cuenta con legislación específica para regular las técnicas de procreación humana asistida prohíben aquellas técnicas que impliquen el implante de material genético (tanto semen como preembriones) cuando fallece el hombre. En todos estos casos, la prohibición es total e independiente de la

existencia de un consentimiento en vida del hombre o de un consentimiento posterior de parte de su cónyuge. La ley de Alemania (ley 745/1990) va aún más lejos en esta prohibición y establece una pena privativa de la libertad para aquellos que realicen esta técnica (11).

A mitad de camino entre la prohibición total y la permisión está la ley de Portugal (ley 32/2006), en la cual se diferencia el caso de fertilización con gametas del hombre, obtenidas en vida de éste, del caso de la implantación de preembriones. En el primer caso la prohibición es total, y en el segundo se permite, siempre y cuando se cuente con un adecuado consentimiento previo al fallecimiento (12).

Del otro lado de la moneda están las leyes más recientes que regulan la materia y permiten la fertilización post mortem. Aquí se trata de la ley de España (ley 14/2006), Inglaterra (Human Fertilisation and Embryology Act 2008), Bélgica (Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes), entre otras.

La ley española, en su art. 9°, establece como regla general que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto legal alguno a la relación entre el nacido por aplicación de las TRHA si el material genético no se hallare en el útero de la mujer al momento del fallecimiento del hombre. Sin embargo, a reglón seguido contempla que el marido podrá prestar su consentimiento para que su material reproductor sea utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento. En este caso, se producen los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El artículo, a su vez, prevé que ese consentimiento pueda revocarse en cualquier momento y que se presumirá en los casos en los cuales el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. Por último, el artículo permite al varón no unido por vínculo matrimonial hacer uso de esto mismo. Por lo tanto, la ley española da especial importancia al consentimiento del hombre para el uso de su material genético y, en ausencia de éste, desconoce efectos jurídicos entre el nacido y el fallecido.

En tanto, la ley inglesa es más amplia, ya que contempla la posibilidad de una fecundación post mortem en la que intervenga el semen de un donante. La ley de 1990 ya permitía la inseminación post mortem, la fecundación in vitro y la implantación posterior a la muerte del padre. Ahora bien, en estos casos no le atribuye vínculo filial al nacido con el fallecido, fundamentalmente por las consecuencias sucesorias. La ley de 1990 fue modificada en varias ocasiones y en 2003 se incorporó la posibilidad de que un hombre quede registrado como padre del niño póstumo siempre y cuando hubiera dado su consentimiento tanto para el uso de su material genético como para ser registrado como padre del nacido. La última modificación de 2008 incorpora como novedad la extensión de los efectos a la civil partner de la mujer a quien se le transfiere el embrión constituido por donación de semen de un tercero. Aquí también se exige el mismo doble consentimiento y la madre ha de manifestar su consentimiento para que su partner sea tratada como progenitora.

De la observación de la regulación en el derecho comparado surge que los Estados que tienen legislación específica en la materia por lo general limitan los efectos jurídicos entre el nacido por uso de TRHA y el progenitor fallecido. Se establece un requisito ineludible de consentimiento por parte del fallecido y, en ocasiones, un doble consentimiento, tanto para el uso del material genético como para ser tratado como padre posteriormente al nacimiento. En algunos casos, además, se contempla un plazo máximo para que se lleve a cabo la inseminación o implantación en la mujer (13).

Las legislaciones más recientes reconocen los posibles conflictos que pueden surgir a partir de una fertilización post mortem y la necesidad de que la ley dé una respuesta a una realidad que es cada vez mayor. Pero, por otro lado, es importante señalar que estos Estados se muestran conscientes de que regular el tema no implica

que la fertilización post mortem sea la única respuesta en todos los casos. Dado que se trata de un decisión personal y tomada de acuerdo con el plan de vida y familia de cada persona, las leyes también vienen a regular qué sucede con el material genético en el caso de que la persona decida no continuar con la técnica; si pasa a ser material que se descarta, de donación o investigación, según la regulación de que se trate.

VI. LA PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Como venimos reflexionando en los apartados anteriores, el avance de las TRHA y, dentro de ellas, la de fertilización post mortem, ponen de manifiesto la inminente necesidad de reformar nuestra legislación vigente para responder a las nuevas problemáticas que acompañan estos avances científicos e intentar saldar los innumerables conflictos de derechos que pueden surgir como consecuencia de su creciente uso.

El decreto presidencial 191, del 23/2/2011, creó una comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Su cometido era preparar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación. El cometido fue cumplido y el proyecto entregado al Poder Ejecutivo. En la apertura del centésimo trigésimo período de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación, el pasado 1° de marzo del corriente año fue anunciado en su discurso por la presidenta de la Nación (14).

El Anteproyecto de reforma introduce como novedad —nos referimos al capítulo de filiación, las novedades atinentes al derecho de familia son muchas— una tercera fuente filial que proviene del uso de las TRHA y que se suma a la filiación por naturaleza y a la filiación por adopción. Como principio general, establece la exigencia de contar con el previo consentimiento informado y libre de las personas que se someten a estas técnicas, el cual debe renovarse en cada oportunidad que se intente la reproducción utilizando gametas o embriones, y puede ser revocado hasta tanto no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella (art. 560) (15).

Por lo cual puede observarse que el consentimiento que se exige, en tanto representación de la voluntad procreacional y fuente generadora de vínculo filial entre la persona que lo presta y el/la niño/a por nacer, debe ser actual. Es decir, otorgarse en cada instancia particular en que se intente la reproducción. Zanjando, de este modo, todos los supuestos conflictivos que pueden surgir cuando la situación fáctica de las parejas —separación de hecho, divorcio, interrupción de la convivencia— y/o el deseo de ser madre/padre no es el mismo que al momento inicial de un tratamiento.

Ahora bien, volviendo a nuestro caso, el proyecto elaborado por la comisión también contempla expresamente la filiación producto de una fertilización post mortem, donde como excepción este principio del consentimiento actual pierde vitalidad. Así, el art. 563 nos dice:

"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 el implante del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso" (16).

En principio, la regla general sigue siendo que, en caso de muerte, antes de la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella, no habrá vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas y la persona fallecida (17). Sin embargo, se establece una excepción para el caso de que se cumplan dos requisitos específicos; en primer lugar, que la persona fallecida haya prestado su consentimiento expreso para que su material genético o los embriones producidos con sus gametos sean transferidos a la mujer después de su fallecimiento y, en segundo lugar, que la concepción en la mujer o el implante del embrión se produzca dentro del año siguiente al deceso. Es decir que el Anteproyecto propone que solamente habrá vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de fertilización humana asistida y la persona fallecida si ésta prestó un consentimiento expreso y el embarazo se produce dentro del año siguiente a su fallecimiento.

El nuevo artículo propuesto viene a dar una respuesta a las falencias del régimen actual, de manera acorde con una nueva visión del derecho de familia no anclada en el tradicional modelo de familia matrimonial conformada por un hombre y una mujer. ¿Por qué destacamos esta mirada? Porque el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998 ya preveía la regulación de la fecundación post mortem, pero la restringía únicamente al supuesto de parejas matrimoniales y con la mirada anclada en el régimen sucesorio. De esta manera, en sintonía con lo dispuesto en la hoy derogada ley española 35/1998, establecía como segundo apartado del art. 2229 que pueden suceder al causante "las que nazcan dentro de los 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 aquél, sean estas prácticas lícitas o no..." (18).

El Anteproyecto actual, en cambio, nos brinda una solución que engloba todas las familias, sin trato preferencial o distinción si de reconocimientos de derechos se trata, amén de la extensión a doce meses, cuanto antes estaba previsto que se dé en un tiempo acotado de seis.

Por otra parte, el límite temporal de un año, relevante para dar seguridad jurídica en cuanto a la sucesión, se ve reflejado en el artículo especial que regula el régimen sucesorio. En este sentido, el Anteproyecto se refiere específicamente a los mismos dos requisitos y establece: "Art. 2279.— Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: ...c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 563".

De esta forma, el Anteproyecto asume una regulación similar a la ley española actual. Se mantiene la regla básica de negar el vínculo filial a menos que se cumplan los requisitos de consentimiento y plazo. Esta solución viene a reconocer la realidad que permite el avance científico, la prevalencia del principio de voluntad procreacional y, a su vez, busca preservar la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre o los posibles conflictos en materia sucesoria estableciendo un límite temporal.

VII. PALABRAS DE CIERRE

Como puede advertirse, el decisorio del fallo que comentamos, si bien otorga autorización para el uso de las gametas masculinas del marido fallecido, corre en auxilio de distintos argumentos que intentan fortalecer el

decisorio —el consentimiento presunto, el principio de legalidad, la no oposición de los parientes, la cesión de derechos hereditarios— sin reconocer, pese al vacío legal, la importancia que tiene la voluntad procreacional como nueva generadora de vínculos filiales. Sin el andamiaje legal y administrativo necesario, la filiación paterna del futuro/a niño/a quedará a la suerte de una nueva decisión judicial que, esperemos, esté en consonancia con la autorización otorgada.

Muchos son los interrogantes que se abren ante el avance de las nuevas biotecnologías, muchas son también las voces y las reflexiones que se necesitan para poder dar respuestas despojadas de prejuicios y de razonamientos "preventivos" que esconden un preconcepto detrás, la idea de un modelo de familia preferible en tanto modelo ideal.

Intentamos, desde estas líneas, colaborar en ello. Sin olvidar que, más allá de lo que cada uno de nosotros elija como plan de vida, nos encontramos inmersos en un estado constitucional de derecho de ideología liberal amparado en la idea de pluralidad. En palabras del jurista Gargarella: "Los conceptos, además de evolucionar..., no preexisten a nosotros. Quiero decir: son creaciones humanas, herramientas que utilizamos para comunicarnos entre nosotros, para entendernos mejor. Y es importante que los conceptos que usamos reflejen nuestras convicciones más asentadas y, si son conceptos que utilizamos a nivel jurídico, que reflejen nuestras convicciones constitucionales más asentadas" (19).

(*) Profesora de Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Integrante del proyecto UBACyT 2011-2014, "Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. Bioética y derechos humanos", dirigido por la Dra. Marisa Herrera.

(**) Alumna del último año de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho, UBA. Integrante del proyecto UBACyT 2011-2014, "Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. Bioética y derechos humanos", dirigido por la Dra. Marisa Herrera.

(1) Para profundizar sobre los distintos supuestos de fecundación post mortem ver entre tantos otros: Carranza Casares, Carlos A. - Herrera, Marisa, "La fecundación post mortem y su incidencia en el derecho de filiación", RDF 2002-21-23; Krasnow, Adriana N., "Fecundación post mortem", LL Online, 28/2/2012; Ferrer, Francisco A. M., "La función del derecho, las técnicas de procreación humana post mortem y el derecho sucesorio", JA del 23/6/2004; Sambrizzi, Eduardo, "Fecundación post mortem", LL del 7/2/2012, p. 1; Sapena, Josefina, "Fecundación post mortem", RDF 2009-43-467; Tribunal Superior de Justicia de Venezuela, sala Constitucional, 6/7/2005, "C. N. de G. Y. v. Grupo Médico de Fertilidad CA del Centro Médico Docente de Trinidad".

(2) El supuesto en análisis es semejante al conocido caso "Parplaix" resuelto por el Tribunal de Creteil, Francia, el 1/8/1984. Similar también a un caso recientemente resuelto (junio de 2011) por un juez del Tribunal Supremo de Australia. Ver www.imferblog.com/la-viuda-podra-usar-el-esperma-de-su-marido-muerto —17/4/2012—.

(3) "Las pretensiones declarativas tienden a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico. La característica fundamental de este tipo de pretensiones consiste en que la mera declaración de certeza resulta suficiente para satisfacer el interés de quien las propone y, por lo tanto, para agotar el cometido de la función jurisdiccional" (Palacio, Lino E., Manual de derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 110).

(4) Creemos que es importante reflejar el modo en que fue intentada la demanda. Tuvimos oportunidad de acceder a su texto, del cual surge que sólo se persigue una acción meramente declarativa para la utilización del material crioconservado. En el relato de los hechos se hace fuerte hincapié en que la solicitud cuenta con el apoyo de todo el grupo familiar, incluidos los padres y la hermana del marido fallecido. Y hacen contar como prueba documental la cesión de derechos hereditarios que los padres del marido efectuaron a favor de la solicitante

respecto de la herencia que recibieron por la muerte de su hijo. En ningún acápite de la demanda se hace alusión a la consecuencia pasible de tal autorización, es decir, al embarazo y el posterior nacimiento de este niño y la problemática de su filiación paterna. Aspecto que intentaremos abordar en el presente comentario.

(5) Ferrer, Francisco A. M., "La función...", cit.

(6) Para profundizar sobre esta mirada biologicista iusnaturalista ver: Lema Añon, Carlos, "Discursos normativos sobre la reproducción asistida: el discurso iusnaturalista, la bioética católica y el embrión humano", Reproducción, poder y derecho, Trotta, Madrid, 1999, ps. 217-271.

(7) Lamm, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", Revista de Bioética y Derecho, nro. 24, Observatorio de Bioética y Derecho, Barcelona, enero 2012, p. 81.

(8) Carranza Casares, Carlos A. - Herrera, Marisa, "La fecundación...", cit.

(9) Ver Palacio, Lino E., Manual de derecho..., cit., p. 63.

(10) Nallar, Florencia, "La inseminación post mortem y los derechos sucesorios del hijo póstumo", LL Online.

(11) "Art. 4°.— Fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem."1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años de una multa quien: "1) Procediera a fecundar artificialmente un óvulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo esperma fue utilizado, hubieran dado su consentimiento. "2) Procediera a transferir un embrión a una mujer sin su consentimiento."3) Fecundara artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa."2. No será sancionada en el supuesto del parág. 1°, inc. 3°, la mujer en la cual se efectuara la fecundación artificial".

(12) "Artigo 22. Inseminação post mortem"1— Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação."2— O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen."3— É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão".

(13) Ver, por ejemplo, el art. 16 de la ley de Bélgica.

(14) Para acceder al discurso referido ver www.casarosada.gov.ar/discursos —2/3/2012—.

(15) El término implantación puede prestar a malos entendidos, pues en el ámbito médico se refiere a un proceso posterior a la fecundación que se produce entre los siete y catorce días posteriores a la fecundación, si hablamos de un embarazo producido de modo natural. Creemos que el término correcto hubiera sido "transferencia" de embriones.

(16) Uno de los interrogantes que nos surge de la lectura del articulado y que seguramente deberá ser previsto en la ley especial a la que el proyecto de reforma hace mención es cómo se resolvería la cuestión ante el supuesto siguiente: contar con el consentimiento del marido/pareja pero solicitarlo después de los doce meses (descontamos que, en caso de no contar con el consentimiento del marido/pareja, no podrá nunca utilizar su material genético). ¿Qué queremos decir? ¿La mujer tiene derecho a utilizar el material genético y/o el embrión crioconservado sin generar vínculo filial con la persona fallecida? ¿Estaríamos hablando de una donación? Si es así, ¿cómo conjugarla con el principio del anonimato de la donación que el mismo proyecto prevé? Son preguntas que planteamos con la idea de repensar cómo encarar esta ley especial. Para profundizar sobre este tema ver: AA.VV. - Lledó Yagüe, Francisco (dir. jurídico) - Ochoa Marieta, Carmen (dir. científico), Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (ley 14/2006, de 26 de mayo), Dykinson, Madrid, 2007.

(17) Es necesario hacer notar que el artículo en cuestión, creemos acertadamente, no diferencia la fecundación post mortem de la transferencia embrionaria post mortem, pues encuadra ambos supuestos en el

nombre de filiación post mortem en las técnicas de producción humana asistida. Este abordaje es coherente con la postura que el Anteproyecto elabora en torno a la discusión acerca de cuándo comienza la existencia de la persona humana. Así, el art. 19 del mismo proyecto establece: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida" (nuevamente el problema del término implantación al que ya hicimos mención).

(18) Ver Krasnow, Adriana, "Fecundación post mortem", cit.

(19) Gargarella, Roberto, "Razones para el matrimonio igualitario: el argumento de la igualad", en Solari, Néstor E. - Von Opiela, Carolina (dirs.), Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 71.