


Fecundación post mortem: la ausencia de regulación en Argentina y su impacto en la filiación y el derecho a la identidad

Nora Estela Escribas

Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, Argentina

 ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-4845-0526>

Correo electrónico: noraescribas@yahoo.com.ar

Recibido: 5 de marzo de 2024

Aprobado: 23 de abril de 2024

Para citar este artículo:

Escribas, N. E. (enero-junio 2024). Fecundación post mortem: la ausencia de regulación en Argentina y su impacto en la filiación y el derecho a la identidad. *Ratio Iuris*, 12(1), 31-55.

ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/f81mktna2>

Resumen: El avance de la ciencia médica ha permitido que muchas personas con el deseo de formar una familia puedan hacer uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, materializando sus aspiraciones parentales y garantizando derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad personal y a una vida social y familiar plena. El objeto de este trabajo es destacar la importancia de legislar sobre la Fecundación *Post mortem* que como se demostrará, su falta de regulación en Argentina impide que esta voluntad procreacional se respete en aquellos individuos que, lamentablemente han fallecido, a pesar de haber expresado su deseo de ser padres mediante consentimientos libres e informados. La metodología adoptada es no experimental, transversal y su alcance es descriptivo, culminando en una investigación básica y documental. Nuestro aporte al derecho radica fundamentalmente en resaltar la imperiosa necesidad de legislar sobre la Fecundación *Post mortem* para lograr una efectiva protección de derechos fundamentales básicos para la persona humana, tales como el derecho a la identidad.

Palabras clave: *Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Fecundación post mortem, voluntad procreacional, filiación, derecho a la identidad.*



Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 12 Núm. 1, enero-junio 2024, pp. 31-55

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Abstract: The advancement of medical science has enabled many individuals with the desire to start a family to make use of Assisted Human Reproduction Techniques, thereby realizing their parental aspirations and guarantee fundamental rights, such as the right to personal integrity and a full social and family life. The purpose of this work is to highlight the importance of legislating on Post-mortem Fertilization, as will be demonstrated, since the lack of regulation in Argentina prevents this procreational will from being respected in those individuals who, unfortunately, have died, despite having expressed their desire to become parents through free and informed consent. The methodology adopted is non-experimental, transversal, and its scope is descriptive, culminating in a basic and documentary research. Our contribution to law lies fundamentally in emphasizing the imperative need to legislate on Post-mortem Fertilization to achieve effective protection of basic fundamental human rights, such as the right to identity.

Keywords: Assisted Human Reproductive Techniques, Post-mortem fertilization, Procreational Will, Filiation, Right to identity.

Resumo: O avanço da ciência médica tem permitido que muitas pessoas com desejo de constituir família façam uso das Técnicas de Reprodução Humana Assistida, materializando suas aspirações parentais e garantindo direitos fundamentais, como o direito à integridade pessoal e à vida social e familiar plena. O objetivo deste trabalho é destacar a importância de legislar sobre a Fertilização Postmortem, que, como será demonstrado, sua falta de regulamentação na Argentina impede que essa vontade procriativa seja respeitada naqueles indivíduos que, infelizmente, faleceram, apesar de terem manifestado sua desejo de ser pais através do consentimento livre e informado. A metodologia adotada é não experimental, transversal e seu escopo é descritivo, culminando em pesquisa básica e documental. A nossa contribuição para a lei reside fundamentalmente em destacar a necessidade imperiosa de legislar sobre a fertilização post-mortem para alcançar a proteção efectiva dos direitos fundamentais básicos da pessoa humana, como o direito à identidade.

Palavras chave: *Técnicas de Reprodução Humana Assistida, fecundação post mortem, testamento de procriação, filiação, direito à identidade.*

Introducción

En este trabajo, analizaremos el impacto de la falta de regulación en Argentina de la Fertilización *Post mortem* mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Y nos proponemos abordar el siguiente interrogante: ¿Qué impacto tiene la ausencia de regulación en Argentina de la Fecundación *Post mortem* en la filiación y en el derecho a la identidad?

La ausencia de reconocimiento legal de la Fecundación *Post mortem* acarrearía consecuencias significativas en términos de reconocimiento y protección de la Filiación *post mortem*. Esto podría tener un impacto adverso en el niño o niña y en su familia, afectando incluso su derecho a la identidad.

El instituto de la Fecundación *Post mortem*, fue contemplado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación con la incorporación del art. 563 titulado Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida, cuya redacción establecía

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 (p.363).

Sin embargo, la exclusión en el texto definitivo de dicha norma legal, ha creado un vacío legal en su tratamiento.

Otro aspecto a considerar en este análisis es el derecho a la identidad, un principio fundamental de todo ser humano que sienta las bases para la adquisición de otros derechos esenciales. Este derecho implica el reconocimiento y la protección de la propia identidad personal, cultural, étnica y social de cada individuo, constituyendo un pilar esencial para cada individuo.

Está estrechamente relacionado con los principios de autonomía y autodeterminación, implicando el reconocimiento legal y la protección de la identidad de cada persona.

El abordaje sobre la falta de regulación de la Fertilización *Post mortem* en Argentina se fundamenta en su estrecha relación con el imperativo de respetar el derecho fundamental a la identidad y la voluntad procreacional.

Creemos que mediante el cumplimiento de nuestros Objetivos generales y específicos podemos demostrar la hipótesis planteada, es decir, determinar qué impacto tiene la ausencia de regulación en Argentina de la Fecundación *Post mortem* en la filiación y en el derecho a la identidad.

Nuestro objetivo general es señalar qué impacto tiene la ausencia de regulación en Argentina de la Fecundación *Post mortem* en la filiación y en el derecho a la identidad.

Para alcanzar el propósito señalado partimos de la siguiente hipótesis de trabajo: la falta de regulación en Argentina de la Fecundación *Post mortem* tiene consecuencias en la determinación de la filiación y en el ejercicio del derecho a la identidad de las niñas o niños concebidos mediante este procedimiento.

Por su parte, nuestros objetivos específicos son:

- 1) Evaluar la legislación vinculada con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sobre los Derechos del Paciente, es especial a lo referido al consentimiento informado y a la autonomía de la voluntad
- 2) Identificar cuáles son los derechos fundamentales afectados por la falta de legislación en materia de Filiación post mortem.
- 3) Describir el concepto de vocación procreacional y su importancia en el debate sobre la regulación de la Fecundación *Post mortem* en Argentina.
- 4) Identificar proyectos de ley que contemplen la regulación de la Fecundación Post mortem en Argentina y su implicancia en la protección de los derechos a la identidad y la filiación.
- 5) Identificar jurisprudencia vinculada a la fecundación Post mortem y su impacto en la filiación y el derecho a la identidad en Argentina.
- 6) Proponer recomendaciones para una regulación de la Fecundación Post Mortem en Argentina, que garantice la protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas.

Utilización de técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*

En primer lugar, debemos referirnos a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante TRHA, que en Argentina se encuentran reguladas por la Ley 26862 de Reproducción médicamente asistida siendo su objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (artículo 1).

Incluye a los procedimientos o técnicas de baja o alta complejidad con donación de gametos y/o embriones, las que con asistencia médica conllevan a la consecución de un embarazo. Permiten de esta manera facilitar o reemplazar los procesos naturales que posibilitan la reproducción de la especie humana (artículo 2).

Las TRHA más usuales son la inseminación artificial o la fecundación in vitro.

La inseminación artificial se refiere a la intervención médica que consiste en introducir el semen en el cuerpo de la mujer de manera no natural, es decir, no a través de relaciones sexuales, con el objetivo de lograr la fecundación. (Cubillos, 2013, p. 6)

Por su parte la fecundación in vitro es un conjunto de procedimientos médicos que abarcan desde la extracción del ovulo y el esperma, hasta la inserción del ovulo fecundado en el útero de la mujer, ya sea biológico o adoptivo, para su posterior desarrollo. Esto incluye el proceso de fecundación y el primer desarrollo del embrión fuera del útero materno. (Cubillos, 2013, p. 6)

Requiere un consentimiento explícito informado, que puede revocarse hasta antes de la implantación del embrión en la mujer, en consonancia con el principio ético de autonomía

del paciente que todo profesional de la salud debe respetar con relación con los mismos (artículo 7).

El artículo 5° de la Ley 26.529, que establece los derechos del Paciente en Argentina, se refiere al derecho a la información en el ámbito de la salud. Este derecho es fundamental para garantizar que los pacientes puedan participar activamente en las decisiones relacionadas con su salud y tratamiento médico.

El consentimiento informado implica que los pacientes deben recibir información completa, clara y comprensible sobre su diagnóstico, tratamiento, riesgos, beneficios y alternativas disponibles antes de tomar una decisión autónoma y consciente.

Por consiguiente, consideramos que de acuerdo a lo explicitado en la Ley 26.529 de Derechos del Paciente es deber de los profesionales de la salud brindar la información comprensible, completa y acabada sobre los procedimientos médicos a realizar, que permitan facilitar y respetar las decisiones de los pacientes, siendo el consentimiento informado una manifestación del principio de autonomía del paciente.

Y refiriéndonos puntualmente a la autonomía del paciente, se enfatiza la importancia de respetar la capacidad de las personas para tomar decisiones informadas y autónomas sobre su atención médica, promoviendo así la dignidad, el respeto y la participación activa en el proceso de toma de decisiones relacionadas con su salud.

Ratificando este concepto, debemos señalar lo que expresa Minyersky (2012)

Así como los pueblos gozan del principio de autodeterminación para gobernarse, cada individuo en su ámbito personal debe poder gozar del mismo principio. De eso se trata la autonomía de la voluntad personal, la que no existe si no es acompañada por el derecho a la libertad. Esta autonomía de la voluntad se expresa en el derecho a manifestarse y actuar libremente de acuerdo a las propias leyes, respetando quién se es. Este derecho a la libre determinación se origina en la dignidad humana y como antes mencionamos es inescindible del derecho a la libertad. (p.79)

También en la misma línea Castillo Córdoba (2020) expresa

La autonomía de la voluntad puede definirse como la capacidad de decisión libre que tiene toda persona para dar contenido a todos los actos que realiza, ya sea de signo positivo o hacer como de signo negativo o abstenerse de hacer. (p. 502)

El principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 2° inciso e) de la ley 26.529 Derechos del Paciente, establece un pilar fundamental en la relación médico-paciente.

Reconoce y protege el derecho del paciente a tomar decisiones informadas sobre su salud, incluyendo la aceptación o el rechazo de terapias y procedimientos médicos o biológicos. Esta disposición garantiza que el paciente tenga el control sobre su propio cuerpo y tratamiento, permitiéndole tomar decisiones fundamentadas en sus valores, creencias y preferencias personales.

Al referirnos a la utilización de las Técnicas de Fecundación *Post Mortem*, en adelante FPM, estamos hablando de la utilización de TRHA que se realizan después del fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja.

En lo antedicho podemos encontrar los siguientes supuestos: 1) que sea la mujer la superviviente y por lo tanto se realiza una FPM o 2) que sea el varón el superviviente por lo que se deberá utilizar una Gestación por Sustitución.

En ambos casos puede suceder que durante la vida de ambos se haya generado un embrión crio preservado de la pareja o que dicho embrión lo sea con material genético preservado con anterioridad a la muerte, incluso se han dado casos donde dicho material genético es obtenido de un cadáver.

Podemos encontrar los siguientes supuestos:

- 1) Una mujer se somete a una inseminación asistida con material genético del cónyuge fallecido durante el proceso de TRHA.
- 2) una mujer es implantada con un embrión crio conservado generado por TRHA con anterioridad al fallecimiento de su cónyuge.
- 3) Una mujer solicita la extracción de material genético del cónyuge repentinamente fallecido para utilizar su material genético para su posterior fecundación.

En los tiempos actuales podemos ampliar estos conceptos incluyendo a parejas heterosexuales donde fallece la mujer y se produce una gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético de la fallecida y también a parejas de diversidad tanto de mujeres como de hombres.

Filiación *post mortem*

Encontramos en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) en su artículo 558 cuales son las fuentes de la filiación y la igualdad de efectos estableciendo: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

Sin embargo, al no haber ninguna referencia a la utilización de la TRHA *post mortem* genera un vacío legal que impide un reconocimiento legal claro de la filiación *post mortem*.

La filiación en estos casos puede tener implicaciones legales y financieras significativas, entre los cuales están derechos parentales, derechos alimentarios, derechos de la seguridad social, derechos de visita y custodia, derecho a la nacionalidad y por supuesto involucra aspectos del ámbito del derecho sucesorio.

Específicamente en el derecho sucesorio uno de los efectos más significativos de la Filiación *post mortem* es el derecho a heredar del hijo reconocido después del fallecimiento, determinación de las porciones legítimas indisponibles reservadas a los herederos forzosos, en la partición de bienes y la distribución de la herencia entre los herederos legales y el tiempo para reclamar dicha herencia.

Derechos fundamentales afectados

Los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que se consideran universales para todos los individuos, ya sea que posean el status de personas, ciudadanos o personas con capacidad legal para actuar. Se entiende por derecho subjetivo cualquier expectativa, ya sea positiva, relacionada con recibir prestaciones, o negativa, relacionada con evitar sufrir daños, que esta atribuida a un individuo por una norma jurídica. (Ferrajoli, 2004, p. 37)

Por otro lado, el término status se refiere a la condición de un individuo, establecida también por una norma jurídica positiva, que sirve como requisito para que sea considerado titular de ciertos derechos legales y/o sea capaz de llevar a cabo actos que impliquen el ejercicio de esos derechos. (Ferrajoli, 2004, p. 38)

Podemos afirmar que los derechos humanos son inherentes a los seres humanos, y su rasgo distintivo radica en su naturaleza fundamental, la cual se refiere a la protección y satisfacción de intereses y necesidades esenciales. En consecuencia, estos derechos forman el corazón de las teorías de la justicia universalmente reconocidas.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos lo expresa de la siguiente manera

Los derechos humanos son los derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos, no están garantizados por ningún estado. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico o nacional, color, religión, idioma o cualquier otra condición (<https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>).

Por lo tanto, no podemos desconocer que hay derechos fundamentales relacionados con la decisión de todo individuo de tener hijos biológicos.

Según lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho a tener hijos biológicos mediante el acceso de las TRHA, se deriva de diversos derechos fundamentales. Estos incluyen el derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar. Asimismo, se sustenta en el derecho a la salud reproductiva, la autonomía de la persona humana, y los derechos inherentes a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/reparando-derechos/Caso-Artavia-Murillo.html>).

Además, la ausencia de esta regulación también impacta en el derecho a la identidad.

La identidad de una persona es la prueba misma de su existencia ante la sociedad, incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo, la nacionalidad y la autoafirmación de su identidad.

Cuando hablamos de derecho a la identidad, nos estamos refiriendo al derecho que tiene toda persona a ser reconocida como un individuo único e independiente con sus propias características y personalidad.

El derecho a la identidad está protegido por diversos Tratados de Derechos Humanos, algunos de los cuales señalamos a continuación.

La Convención de los Derechos del Niño sancionada por la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, e incorporada a nuestra legislación a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina, en su artículo 7 establece: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Esta Convención refuerza estos conceptos en su artículo 8 señalando: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas

Incorporando estos conceptos la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 11 señala

Derecho a la Identidad: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen ya preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Gelman vs Uruguay” señala

.... el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/reparando-derechos/Caso-Gelman.html>).

Confirmando lo antedicho señala

El derecho a la identidad personal se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del hábitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de

vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético
(<https://www.corteidh.or.cr/tablas/reparando-derechos/Caso-Gelman.html>).

En la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al definir el derecho a la identidad establece

Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo. Del derecho a la identidad personal destaca una característica propia de los derechos humanos, esta es, su interdependencia: el menoscabo de este derecho conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, especialmente de los derechos políticos
(<https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr705.htm>).

Ampliando estos conceptos señala

El derecho a la identidad personal se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es núcleo o esencia específica de lo humano.
(<https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr1875.htm>).

Estas citas enfatizan la importancia del derecho a la identidad como un derecho fundamental que debe ser protegido y promovido por el Estado para garantizar el pleno desarrollo y la dignidad de todas las personas.

Estos conceptos destacan la conexión entre el derecho a la identidad personal y otros aspectos fundamentales de la existencia humana, como la herencia genética y el hábitat natural.

Legislación argentina

Con relación a las TRHA, los siguientes artículos establecen las reglas generales relativas a la Fecundación.

Puntualmente el artículo 560 CCyCN refiere que es necesario el consentimiento previo, informado y libre de aquellas personas que se someten a estas Técnicas.

Por su parte, el artículo 561 CCyCN establece la forma y los requisitos del consentimiento que deben sujetarse a las disposiciones especiales que se determinen, con protocolización a través de escribano público o certificación de autoridad sanitaria.

Asimismo, este consentimiento puede ser revocado mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión.

En el Proyecto del CCyCN destacamos la incorporación en el art. 563 titulado Filiación *Post mortem* en las TRHA donde se establece

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. (p. 363)

Debemos destacar que, en los Fundamentos del Anteproyecto del CCyCN, al hablar de voluntad gestacional se expresa lo siguiente

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable. (p. 93)

Estos conceptos claramente están plasmados en el artículo 562 que establece

Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

Consideramos que tal como está expresado es importante determinar la voluntad procreacional de la persona fallecida, para luego determinar la filiación del niño/a nacido con posterioridad a su fallecimiento.

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 12 Núm. 1, enero-junio 2024, pp. 31-55

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Debemos hacer una distinción entre la voluntad de procrear y la voluntad de ser padre o madre. En la primera, el objetivo principal es la reproducción, mientras que, en la segunda, el propósito es el de criar y desempeñar el rol de padre o madre. (Minyersky, 2012, p. 81)

Es importante considerar que mientras que en la filiación natural se presenta un conflicto entre lo biológico y lo voluntario, en la filiación surgida de las TRHA, el conflicto radica entre lo genético y lo voluntario. En resumen, el componente voluntario adquiere una importancia excepcional al aplicarse estas técnicas de reproducción, de tal manera que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el voluntario, se debe dar prioridad a este último. Predomina el deseo consciente y querido de paternidad o maternidad sobre los lazos genéticos. (Lamm, 2012, p. 73)

Esta voluntad procreacional de la persona fallecida puede ser un proceso complejo y delicado, existiendo varias formas para poder determinarla, como por ejemplo documentación legal tales como un testamento, una carta, un contrato de THRA u otro documento legal donde claramente se deje expresada su voluntad en cuanto a la procreación post mortem.

El artículo 575 CCyCN aborda de manera específica cómo se determina la filiación en el contexto de la TRHA, señalando: "...la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, préstamo de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la Ley especial".

En la versión final del CCyCN, el artículo 563 del Proyecto, que contemplaba la FPM con requisitos específicos, no fue incorporado.

Esta omisión resulta una violación del derecho de identidad de los niños concebidos mediante técnicas de procreación, como la que estamos examinando, ya que se le priva de los vínculos esenciales para la formación de la identidad.

Esta disparidad es evidente al comparar lo estipulado en el CCyCN en relación con los niños, niñas y adolescentes adoptados y su derecho a la identidad, con la falta de reconocimiento de la FPM en las TRHA, a la cual no se le otorga el mismo reconocimiento.

A modo de ejemplo podemos mencionar entre otros:

- a) En el artículo 595 inciso b) CCyCN se establece para los niños adoptados el derecho de identidad como principio general.
- b) En el artículo 594 CCyCN se establece la primacía de la familia de origen biológico, como un derecho de los niños para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales. La adopción tiene el objeto de proteger su derecho cuando estas necesidades no pueden ser proporcionadas por su familia de origen.

- c) En el artículo 595 inciso e) CCyCN establece el derecho a conocer sus orígenes como principio general estableciendo además en el artículo 596 CCyCN una regulación muy amplia de legitimación para el niño.

No obstante, con el objetivo de mantener un enfoque equilibrado en nuestra argumentación, es importante señalar que existen ciertos argumentos doctrinarios que respaldan la no inclusión del artículo 563 del Proyecto del CCyCN, como los presentados por Sambrizzi (2012), que a continuación describimos.

En la Instrucción *Donum Vitae* se ha puesto en 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. (p. 329)

Jurisprudencia

La ausencia de una regulación específica en materia de la Filiación *post mortem* ha generado incertidumbre legal y situaciones complejas que requieren ser dirimidas. Este vacío normativo ha llevado a que numerosos casos relacionados con la FPM sean sometidos al escrutinio judicial, buscando claridad y justicia en asuntos que implican derechos fundamentales y relaciones familiares.

A este sentido analizaremos antecedentes jurisprudenciales vinculados con la FPM y la filiación *post mortem* y los argumentos presentados en sus sentencias que han resuelto de manera favorable los casos planteados.

A continuación, procederemos a analizar la sentencia del 6 de mayo de 2016 en el expediente 61878/2013 N. O. C. P. s/Autorización. En este caso la demandante solicita autorización para proseguir con un tratamiento a través de la utilización de THRA iniciado con anterioridad al fallecimiento de su esposo en un accidente y utilizando el semen cadavérico criopreservado del fallecido.

Entre los argumentos de la sentencia es relevante destacar el siguiente

Indudablemente, la decisión de tener hijos biológicos a través de TRHA forma parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar; que la decisión de ser o no ser madre o padre es parte de ese

derecho a la vida privada y se relaciona con la autonomía reproductiva, tal como lo resaltó la Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo y otro contra Costa Rica. Esos derechos son vulnerados si se obstaculizan los medios para que la mujer pueda ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

El juzgador considera puntualmente que la verdad biológica es uno de los pilares del régimen de filiación vigente, expresándolo de la siguiente manera

En este punto, si bien aún no hay niño ni embrión y tampoco se ha reclamado la inscripción del niño o niña con filiación paterna, no hay duda alguna en que la peticionante hará honor a tal principio pues su intención es tener un hijo de quien fue su compañero ya que, si su deseo fuera solo unilateral de maternidad, hubiera acudido a material heterólogo, evitando así la intervención judicial.

A este marco nos referiremos a continuación al analizar la sentencia de fecha 29 de abril de 2021 en el expediente A. M. I. s/ autorización Judicial- Juzgado De Familia N° 4 de San Isidro 29/4/ (<http://www.colectivoderechofamilia.com/juzg-de-familia-n4-san-isidro-29-04-2021-autorizacion-judicial/>).

En este expediente se hace lugar a la autorización judicial requerida para inscribir con doble vinculo filial al niño gestado por TRHA por crio preservación de embriones es decir como hijo de la actora y de su esposo fallecido. Esta pareja había prestado consentimiento informado para ovodonación en carácter de pareja receptora con donante anónima y también para la preservación de los embriones y la posterior decisión del cónyuge superviviente sobre su destino.

En sus argumentos el Tribunal expresa

Las técnicas de reproducción humana asistida involucran situaciones fácticas y jurídicas muy diferentes a las de los otros dos tipos filiales. A la luz del principal derecho humano comprometido en el derecho filial como lo es el derecho a la identidad, se debe advertir que no solo la identidad puede ser biológica, por un lado, o voluntaria o volitiva por el otro, sino que también observa una vertiente más: la identidad genética. (considerando C, párrafo 2)

Ratificando estos conceptos señala

Así, en los casos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida, la identidad genética se independiza o recae en personas distintas de aquellas con quien se tiene identidad biológica o voluntaria. El CCyC determina en estos supuestos el vínculo filial con quien presto el consentimiento, con total independencia de que se haya aportado o no el material genético. Ello así, en los casos de técnicas de reproducción humana asistida, el dato genético ocupa un lugar secundario, que se circunscribe al derecho a conocer los orígenes, que carece de entidad para asignar vínculo jurídico de filiación solo por el aporte de material genético en otras palabras, solo quien exterioriza la llamada “voluntad procreacional” mediante el consentimiento libre, previo e informado, es quien será considerado progenitor de un niño, y por lo tanto, hace nacer todos los derechos y deberes que se derivan del vínculo. (considerando C, párrafo 3)

Por último, nos referiremos al fallo del 1 de febrero de 2022 en los autos E.R.A s/AUTORIZACION del Juzgado Civil Nro 98. Se trata de un proceso iniciado por la esposa supérstite solicitando autorización judicial para que puedan utilizarse a través de THRA las muestras de semen criopreservadas de su fallecido esposo.

El consentimiento voluntario del esposo fallecido había sido explicitado en un testamento por acto público realizado el 6 de julio de 2019, manifestando su univoca y última voluntad para que su esposa realice con las muestras de semen obtenidas tratamientos de fertilización asistida con óvulos propios o donados en la institución médica que prefiera y así cumplir su más profundo, íntimo y legítimo deseo que era el de dar vida con su esposa.

El magistrado actuante refuerza nuestra postura al expresar con los siguientes términos que la ausencia de legislación vulnera los derechos fundamentales de aquellos que aspiran a ser padres y a las niñas o niños por nacer.

A mí modo de ver —situación que considero 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 otras palabras, de seguir ese parecer no estaría resguardando el interés superior del niño, sino que —de manera indirecta— solo abalaría la imposición de una visión del mundo que se olvida de otras realidades, lo que es incoherente con el ordenamiento jurídico valorado en su conjunto y hasta discriminatorio (art. 2 del Código Civil y Comercial y 16 de la Constitución Nacional). (considerando 3, párrafo 5)

Consideramos que estos fallos autorizando el uso de TRHA *post mortem* constituyen un avance significativo en la protección de los derechos reproductivos y familiares de las personas. La decisión de reconocer la filiación en estos casos basándose en el consentimiento previamente expresado, independientemente de la contribución genética directa, refleja un enfoque moderno y progresista hacia la reproducción asistida.

En resumen, estos fallos representan un paso adelante hacia una legislación y jurisprudencia más inclusivas y respetuosas de la diversidad de las experiencias familiares y de las decisiones personales en materia de reproducción.

Proyecto de ley

Con fecha 20 de abril de 2023 ingresó a través de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley suscripto por las diputadas Mara Brawer, Ana Carolina Gaillard, María Rosa Martínez y Vessvessian Paola asignándole Número de Expediente 1608-D-2023, girado a la Comisión de Legislación General. En la actualidad es el único proyecto presentado tanto en la Honorable Cámara de Diputados como en el Senado de la Nación. (<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/1608-D-2023.pdf>).

En esta iniciativa legislativa se propone regular la Fecundación *post mortem* con la inclusión en el CCyCN del artículo 561 bis, estableciendo

Artículo 561 bis. - Revocación del consentimiento por causa de muerte. 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. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumplen los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el correspondiente consentimiento informado o en un testamento que sus gametos o los embriones criopreservados sean utilizados por su cónyuge o conviviente después de su fallecimiento; y b) la inseminación de gametos o la transferencia del embrión se produce dentro del año siguiente al deceso. Queda prohibida la extracción post mortem de material genético de conformidad con lo previsto en los artículos. 55 y 56.

También se propone la modificación del artículo 562, quedando redactada de la siguiente forma

Artículo 562.- Voluntad procreacional. 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.

Respecto a este proyecto de ley consideramos que es positivo que se garantice el respeto a la voluntad procreacional. Y, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, se fundamenta en la protección de la identidad, de la intimidad, la autonomía, la igualdad, el desarrollo personal y el bienestar de los niños y niñas.

Lamentablemente la Dirección de Información Parlamentaria de la Honorable cámara de Diputados de la Nación en respuesta a nuestra consulta de fecha 3 de abril de 2024, nos ha informado que hasta la fecha y según sus registros este Expediente no ha tenido ningún movimiento.

La misma respuesta nos fue brindada por la Comisión de Legislación General donde nos confirmaron que no ha tenido tratamiento hasta el presente.

Conclusión

El presente trabajo aborda diversos aspectos relacionados con la Fecundación Post mortem (FPM), las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), el concepto de Filiación Post mortem, así como los derechos fundamentales afectados por la falta de legislación al respecto. Se analiza la legislación vigente, se revisa la jurisprudencia relevante y se examina un Proyecto de Ley relacionado con esta temática, brindando una visión completa y detallada del panorama legal y social en torno a estos temas.

Es innegable que los avances científicos y tecnológicos en el campo de la reproducción asistida plantean nuevos desafíos legales y éticos que requieren una respuesta clara por parte de todos los actores involucrados en el ámbito del derecho.

La complejidad del tema abordado no solo implica cuestiones filiatorias y hereditarias, sino que también involucra derechos fundamentales que deben ser salvaguardados.

Los proyectos de vida de los individuos, incluidos sus deseos de formar una familia, deben ser respetados incluso después de su fallecimiento. Por lo tanto, resulta imperativo establecer una legislación que prevenga posibles conflictos entre los intereses en juego y que garantice la protección de los derechos de todas las partes involucradas.

En este sentido, es crucial garantizar el reconocimiento de la Filiación *post mortem* de los niños y niñas nacidos a través de TRHA *Post mortem*. Este reconocimiento no solo asegura su derecho a la identidad, que es fundamental para su desarrollo psicológico y emocional, sino que también otorga acceso a una serie de beneficios sociales y económicos, como la recepción de manutención, la cobertura médica y educativa, y el derecho a heredar de sus progenitores.

Considerando la jurisprudencia analizada, es alentador ver que la identidad genética no se considera el único factor determinante en la determinación de la filiación.

Debemos considerar como un elemento sustancial que la voluntad procreacional, es un acto jurídico, que contiene los elementos esenciales de este tipo de actos, a saber: discernimiento, intención y libertad por parte de quienes participan en ello.

Esto implica que las personas involucradas deben ser capaces de comprender plenamente las implicaciones de sus acciones, tener la intención consciente de llevar a cabo la procreación y ejercer su libre albedrío sin coacción externa.

Externamente, la voluntad procreacional se manifiesta a través de acciones concretas que materializan esa voluntad, como pueden ser el consentimiento informado para la reproducción asistida o la toma de decisiones relacionadas con la planificación familiar.

Observamos en la jurisprudencia analizada, que se prioriza el principio de consentimiento informado y libre, lo que refuerza la importancia de la autonomía y la voluntad de las personas en decisiones tan íntimas y personales como la reproducción.

Este enfoque considera la complejidad de las relaciones familiares en el contexto contemporáneo y garantiza que los derechos y deberes parentales se asignen de manera justa y equitativa.

Es un reconocimiento importante de los derechos fundamentales de las personas en su capacidad de formar una familia según sus propias convicciones y deseos.

Contestando la hipótesis planteada, llegamos a la conclusión que la ausencia de una regulación específica en Argentina sobre la FPM ha generado incertidumbre legal y situaciones complejas que requieren ser dirimidas. Este vacío normativo ha llevado a que numerosos casos relacionados con la FPM sean sometidos al escrutinio judicial, buscando claridad y justicia en asuntos que implican derechos fundamentales y relaciones familiares y que tienen un impacto significativo en la filiación y en el derecho a la identidad de los niños y niñas concebidos a través de estas técnicas.

En este sentido hemos analizado los antecedentes jurisprudenciales vinculados a la FPM y los argumentos presentados en las sentencias que han resuelto de manera favorable los casos planteados.

La adopción de una legislación clara y precisa que regule estos institutos se presenta como una necesidad urgente en nuestra sociedad actual, dado que evitaría incertidumbre legal y emocional.

Esta legislación debe ser sensible y proteger los derechos de los niños y niñas concebidos de esta manera, así como los deseos y voluntades de los progenitores fallecidos, con el fin de garantizar una protección integral de sus derechos y una convivencia armoniosa entre los distintos intereses en juego.

Consideramos que por los conceptos vertidos nuestro aporte consiste en abogar por la implementación de una regulación clara y adecuada para la Fecundación *post mortem* en Argentina, que debería incluir lo siguiente:

- 1) Establecer una definición clara y precisa de la Fecundación *Post mortem*, incluyendo los procedimientos permitidos, los requisitos para su aplicación y las circunstancias bajo las cuales puede llevarse a cabo.
- 2) Definir requisitos y procedimientos específicos para la FPM, que incluyan la obtención y el uso del material genético del donante fallecido, así como los consentimientos necesarios tanto del donante antes del fallecimiento y los familiares supervivientes.
- 3) Garantizar la protección de los derechos, incluyendo el derecho a la identidad y el derecho a la filiación de las niñas o niños concebidos a través de la FPM.

- 4) Implementar un sistema de supervisión y regulación para garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de FPM, con el objeto de prevenir posibles abusos o malas prácticas en su aplicación.
- 5) Asegurar un acceso equitativo a la FPM para todas las personas que cumplan con los requisitos establecidos, evitando cualquier forma de discriminación o privilegio indebido.
- 6) Incorporar principios éticos sólidos para guiar la práctica de la FPM, asegurando que se lleve a cabo de manera responsable y respetuosa.
- 7) Incluir disposiciones para el asesoramiento y el apoyo psicológico a las personas que consideran recurrir a la FPM, incluyendo a las niñas o niños concebidos a través de este método y sus familias, con el objetivo de que se tomen decisiones informadas y para abordar cualquier impacto emocional que pueda surgir.

Referencias bibliográficas

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. ¿Qué son los derechos humanos? <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>

A. M. I. S/AUTORIZACIÓN JUDICIAL - JUZG. DE FAM. N° 4 DE SAN ISIDRO - 29/4/2021 - CITA DIGITAL IUSJU005547F
<http://www.colectivoderechofamilia.com/juzg-de-familia-n4-san-isidro-29-04-2021-autorizacion-judicial/>

Castillo Córdova, L. (2020). *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Editorial Zela.

Convención de los Derechos del Niño
<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 12 Núm. 1, enero-junio 2024, pp. 31-55

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/reparando-derechos/Caso-Artavia-Murillo.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Gelman Vs Uruguay (Fondo y Reparaciones). (2011).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tesauro/termino/Derecho%20a%20la%20identidad%20personal#result>

CSJN 5/8/1986, “Gunther Raúl c/ Ejército Argentino”, LL 1987-A-442, CSJN-Fallos 308:116.

Cubillos, J. (2013). *Técnicas de Reproducción Asistida*. Universidad Nacional de Cuyo. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta.

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

<https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2018/12/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 12 Núm. 1, enero-junio 2024, pp. 31-55

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Juzgado Civil 98. 01/2/2022, E.R.A s/ AUTORIZACION.

<http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-civil-98-01-02-2022-thra-post-mortem/>

Juzgado Nacional Civil N° 87, 5/5/2016, “N.O.C.P. S/AUTORIZACION”. EXPTE 61878/2013.

<https://www.casi.com.ar/sites/default/files/fallo%20autorizan%20gametos%20de%20fallecido%20nocp-s.-autorizacion.pdf>

Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/199572/CONICET_Digital_Nro.940b2a62-620b-49a2-9121-d9cb9fb582ed_X.pdf?sequence=5&isAllowed=y

Ley 24.430. Constitución de la Nación Argentina.

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley 26.061. de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. (2009).

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 12 Núm. 1, enero-junio 2024, pp. 31-55

ISSN: 2347-0151 (en línea)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

Ley 26.862. Reproducción Medianamente Asistida. Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de preproducción medianamente asistida.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Ediciones País.

Minyersky, N. (2012). El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-impacto-del-proyecto-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-instituciones-del-derecho-de-familia.pdf>

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012).

<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>

Proyecto de Ley Fertilización Post mortem: Incorporación del art.561 bis y modificación de los arts.562 y 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación

<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/1608-D-2023.pdf>

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 12 Núm. 1, enero-junio 2024, pp. 31-55

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Sambrizzi, E. (2012). *La fecundación post mortem.*

<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf>