

La fecundación post mortem

1. ¿En qué consiste la fecundación post mortem?

El supuesto de la fecundación *post mortem* 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 aquélla con semen de este último, por cuanto, en tal caso, la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte.

2. La fecundación post mortem en el Derecho comparado

En **Italia**, la ley n° 40 del 19 de febrero de 2004 (“Normas en materia de procreación médicamente asistida”), establece en su art. 5 (requisitos subjetivos) que: “pueden acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida parejas compuestas por personas mayores de edad, de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos” (la traducción es nuestra).

En **Alemania**, la ley n° 745/90 del 13 de diciembre de 1990 (“Ley de protección del embrión”), establece en su art. 4 (fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem) que: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años quien: 3) fecundara artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa.

3. La norma proyectada y sus diversos casos

El proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 563.- Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

- a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.*
- b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.*

Por su parte, en el libro dedicado a las sucesiones encontramos la siguiente norma proyectada:

"ARTÍCULO 2279.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;*
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;*
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana*

*asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563;
d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".*

Del juego de estos artículos se pueden deducir diversas situaciones que analizamos a continuación:

a) Niño con una sola filiación post-mortem: *Mujer que da a luz un niño concebido con gametos de una persona (cónyuge o conviviente) ya fallecida y sin su consentimiento.*

En este caso, lo único que queda claro es que el niño así concebido sólo tendrá vínculo filiatorio con su madre y no con la persona fallecida. No queda claro si la mujer puede hacer igualmente la fecundación, incluso sin límite de tiempo, o si los consentimientos a los que se refieren los artículos 563 y 560 impedirían que la mujer haga la fecundación. El proyectado artículo 563 parece suponer que la mujer puede hacerlo y la única consecuencia es que no se lo anota como hijo de su cónyuge o conviviente muerto.

El proyectado artículo 563 estaría contemplando en este primer párrafo la posibilidad de que una mujer dé a luz un niño con su padre premuerto y sin que haya consentido. Bajo la lógica del niño, se le niega arbitrariamente el vinculo filiatorio y se admite la existencia de un hijo sin padre en desmedro del derecho a la identidad que tiene todo ser humano.

A su vez, como ha señalado agudamente Eduardo Sambrizzi, creemos que es 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 sólo biológico sino también social.

b) Niño con dos filiaciones post-mortem: *Mujer que da a luz un niño concebido con gametos de una persona (cónyuge o conviviente) ya fallecida y que consintió la fecundación post-mortem.*

En este caso, se tienen que verificar las circunstancias de la segunda parte del artículo 563 (incisos a y b) y el hijo nace con dos filiaciones, aunque el padre se encuentra muerto y el niño se convierte en huérfano. Aquí la ley admite la doble filiación, pero permite engendrar intencionalmente a un niño huérfano.

4. La objeción de fondo: generación intencional de un niño huérfano.

En la fecundación post-mortem se priva intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna). De esta forma, el Derecho habilitaría la concepción de huérfanos, lo cual resulta cruel para los niños. Afirma la Dra. Basset que tendremos niños que serán concebidos de un padre ya premuerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en esos niños (como toda orfandad, incluso la no querida), aunque resulte de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la errónea proyección de mantener vivo, de alguna manera, a quien ya falleció (Basset Ursula, en "Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012", Facultad de Derecho

UCA, ED, Buenos Aires 2012).

La pérdida de un padre para un niño -por circunstancias de la vida- siempre es considerada como una situación indeseable y dolorosa para la salud emocional del niño que se ve privado de disfrutar de su padre, con todo lo que dicha figura implica para el desarrollo de su personalidad. Pero dicha situación resulta inaceptable cuando se pretende imponer por deseo de sus propios progenitores, por fuerte que sea ese deseo.

Por lo expuesto, sostenemos 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 inc 22, CN)-, como de la ley 26.061, y recordamos además, la recomendación practicada en el IX Congreso Mundial sobre Derechos de la Familia celebrado en la ciudad de Panamá en el año 1997, de prohibir expresamente la fecundación post mortem.

5. Propuesta:

Por todo lo expuesto, se propone:

- Reemplazar el artículo 563 por el siguiente: "Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo".
- Reemplazar el artículo 2279 por el siguiente: "Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte, incluyendo a las concebidas en ese momento que nazcan con vida; b) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".