



## LOS EMBRIONES CONGELADOS FRENTE AL DERECHO SUCESORIO

[ENG] *FROZEN EMBRYOS VERSUS INHERITANCE LAW*

Fecha de recepción: 25 enero 2020 / Fecha de aceptación: 13 marzo 2020

SUSANA ISABEL ESTRADA

*Universidad Católica de Santiago del Estero**Universidad Nacional de Tucumán*

(Argentina)

siecs2004@yahoo.com.ar

*Abstract:* The question arises as to whether cryopreserved embryos are or can be heirs. Its situation incites more and more uncertainty and generates more conflicts of a juridical nature: filiatorial, inbreeding, identity, registration, succession, still unresolved. The new code, far from resolving the issue, has left them in the same or more defenseless situation than before their validity. Bearing in mind that the Roman legal conscience protected not only the life of the *nasciturus* from the first moment, but also protected the goods that by succession could correspond to it; we estimate, there is no lasting advance without taking root

*Keywords:* cryopreserved embryos; heritage; Roman Law; projection.

*Resumen:* Se plantea el interrogante referido a si los embriones crioconservados son o pueden ser herederos. Su situación incita cada vez más incertidumbre y genera más conflictos de índole jurídica: filiatorios, de endogamia, identitarios, registrales, sucesorios, aún irresueltos. El nuevo código, lejos de resolver la cuestión, los ha dejado en situación igual o de más indefensión que antes de su vigencia. Teniendo en cuenta que la conciencia jurídica romana protegió no sólo la vida del *nasciturus* desde el primer instante, sino también resguardó los bienes que por sucesión le podían corresponder; estimamos, no hay avance duradero sin afianzarse en las raíces

*Palabras clave:* embriones crioconservados; herencia; Derecho romano; proyección.



## 1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Un interrogante muy difícil de dilucidar es el que se plantea respecto de si los embriones no implantados - crioconservados en los bancos de fertilización - son o pueden ser herederos del causante.

Para una mayor intelección del tema traído a estudio, la primera cuestión que se impone, es precisar la naturaleza de los mismos para lo que, reiterando la postura de anteriores trabajos<sup>1</sup> nuestro posicionamiento está fundado en el respeto absoluto de la vida humana desde su inicio en la concepción - cualquiera sea el lugar en que ésta se produzca - hasta su fin natural.

El voraz avance de las técnicas de fecundación asistida ha permitido la creación de categorías de seres humanos, donde algunos tienen derecho a la vida y otros quedan en espera, debatiéndose entre ser o no ser, merced al paro técnico permitido por la congelación. La generación de embriones mediante la aplicación de técnicas de fecundación asistida cada vez incita más incertidumbre y genera más conflictos de índole jurídica. Pero quienes se consideran mentores de estos mal llamados adelantos científicos, ni quienes han legislado sobre estas prácticas riesgosas para el ser humano, no se han detenido un instante a reflexionar en los

---

<sup>1</sup> ESTRADA, S., «La persona por nacer en el Corpus Iuris Civilis, en el Código de Vélez Sársfield y en el proyecto de Código Civil Argentino de 1998», ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y Universidad Veracruzana, Morelia, México, Agosto 2006, en *Roma y Argentina, Diálogo de culturas* (2008), Ed. ILLAC Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, Argentina, pp. 151-165; ESTRADA, S., «La protección del nasciturus: una evolución desde las fuentes romanas hasta el presente del derecho positivo argentino», en *Revista Nuevas Propuestas de la Universidad Católica de Santiago del Estero* N° 49 (2011), Ed. IDEART, Santiago del Estero, Argentina, pp. 175-214; ESTRADA, S., «La persona por nacer en las fuentes romanas y su proyección a la legislación argentina», en *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina* 7 (2013), pp. 59-81; ESTRADA, S., «Embriones congelados, ¿delito o derecho?», en *Vergentis* 1 (2015), pp.131-154; ESTRADA, S., «¿Quién representa al concebido extrauterino? Entre la tradición y la innovación», ponencia presentada en el XIX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Investigaciones Filológicas, Xalapa México, en prensa en *Revista INSERCION*, Universidad Católica de Santiago del Estero, agosto 2016.



problemas filiatorios, de endogamia<sup>2</sup>, identitarios<sup>3</sup>, registrales, sucesorios, acciones de reclamación, impugnación, reconocimiento de estado que han generado y que aún están irresueltos. Y con las que seguirán generándose, en parte consecuencia de la eliminación de la fecundación y de la filiación *post mortem* por la modificación del art. 563 del proyecto originario del código civil y comercial, lo que viene a dar un sentido contrario a la jurisprudencia existente hasta el momento en nuestro país. Todo ello atenta contra el tan declamado “*interés superior del niño*”.

Para que la investigación científica en el campo biomédico recupere su plena dignidad, se debe recuperar el señorío y el dominio sobre el mundo visible que el Creador le confió al hombre como tarea y deber. Pero para ello es necesario el poder legislador al servicio de los derechos de todos los ciudadanos y en particular de los más débiles, porque de lo contrario se quebrantan los fundamentos mismos del estado de derecho.

En trabajos anteriores<sup>4</sup> a la puesta en vigencia del nuevo código unificado nos planteábamos, que este escenario dejaba un sinnúmero de interrogantes sin respuesta: ¿qué hacer con los embriones supernumerarios que ya existen en los bancos de fertilización y con los que se siguen generando?, ¿dejarlos morir?, ¿darlos en adopción?, ¿disponer el cese de la crioconservación?, ¿donarlos?, ¿descartarlos?, ¿qué disponer en caso de divorcio, separación o muerte de uno o de ambos padres?, entre otros muchos, que generan nuevos escenarios éticos y legales. Los pretendidos padres no son debidamente asesorados ni toman conciencia respecto a la condición

---

<sup>2</sup> Al respecto el Código Civil en el art. 564 permite revelar la identidad del donante sólo mediante intervención judicial, lo que podría convertirse en un requisito de muy difícil aplicación para prevenir la endogamia. Igualmente, la ley 26862/2013 ni su decreto reglamentario incluyeron entre sus previsiones, recaudo alguno destinado a la prevención de la endogamia.

<sup>3</sup> Estos conllevan la imposibilidad de acceder de un modo integral a un adecuado resguardo de su salud. El derecho a la salud es fundamental para el ser humano dado que el estado de enfermedad lo coloca en una situación de extrema vulnerabilidad y dependencia aún mayor. Cf. PENCHASZADEH, V., (Ed.), *Genética y Derechos Humanos, Encuentros y desencuentros, Tramas sociales*, Buenos Aires 2012, pp. 179 ss.

<sup>4</sup> ESTRADA, S., «Embriones congelados, ¿delito o derecho?», cit., pp. 131-154; ESTRADA, S., «¿Quién representa al concebido extrauterino? Entre la tradición y la innovación», cit.



jurídica de los embriones crioconservados, a las obligaciones y facultades de los centros de fertilización, a las decisiones a adoptar en caso de ruptura, enfermedad, muerte de uno de los integrantes de la pareja, entre otros muchos.

Hoy con el nuevo código ya en vigencia esos interrogantes siguen sin respuesta y contemplamos azorados que en la fundamentación del mismo se justificaron tan graves omisiones en el artículo 19 de la Constitución Nacional que dice: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero [...] están exentas de la autoridad de los magistrados*”. Fundado en las llamadas, conductas autorreferentes, el código ha legalizado el señorío que ostentan médicos, investigadores y padres, sobre la vida ajena, conducta que obtuvo el justificado reproche en un ejemplar fallo de la Cámara de Apelaciones de Corrientes en 2011<sup>5</sup>.

Cualquier categorización del ser humano que lo prive de la “personalidad” en alguna de las etapas de su desarrollo resulta contraria a los derechos fundamentales y a la igualdad ante la ley consagrada por la Constitución Nacional (art. 16). A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida es un derecho explícito, por la incorporación de los tratados internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22 y los que se anexaron *a posteriori*. En tal sentido la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ratificada por la República Argentina en 1983 mediante ley 23054 protege la vida desde la concepción, (art. 4 inc. 1) sin distinguir alguno acerca del lugar en que ésta se produzca. En idéntico sentido la Convención sobre los Derechos del Niño, reiteró en el preámbulo lo que ya sostuvo en la Declaración de los Derechos del Niño (art. 1) que es niño todo ser humano menor de dieciocho años, haciendo la salvedad nuestro país al ratificarla mediante la ley 23849 (art 2) que el artículo 1 debe interpretarse en el sentido que se

---

<sup>5</sup> [[www.juscorrientes.gov.ar/novedad.php%3F](http://www.juscorrientes.gov.ar/novedad.php%3F)]. (Fallo de sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, autos “L.A.C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/amparo”)



entiende por niño. “*Todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad*”, sin haber formulado distinción alguna. Conforme la Convención de los Derechos del Niño, éste tiene derecho a que se le garantice el derecho a la vida (art. 6), el derecho a la no discriminación (art. 2), el derecho a la identidad (art. 8).

A tenor de los artículos señalados advertimos que el código vigente está contraviniendo cuanto menos, los tratados internacionales que otrora ha ratificado.

## 2. FUENTES ROMANAS

Ahora analizaremos algunos de los fragmentos de las fuentes que regulan el tema en análisis partiendo de la equivalencia ontológica entre el concebido y el ya nacido, en innumerables pasajes del *Corpus Iuris Civilis*. Por citar alguno en el libro L título XVI (*De verborum significatione*) del Digesto dice Paulo: “*Idem libro singulari ad Senatusconsultum Tertulianum. Quod dicimus, eum, qui naci speratur, pro supérstite ese, tunc verum est, quum de ipsius iure quaeritur; aliis autem non prodest, nisi natus*” (Dig. 50, 16, 231)<sup>6</sup>.

También en el siguiente pasaje de las Institutas de Gayo. “[...] *At hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt*” (Gayo, I, 89)<sup>7</sup>.

*Una de las primeras manifestaciones del reconocimiento de la existencia del nasciturus germina con la creación del curator ventris para administrar todo lo inherente al él, más allá de lo estrictamente patrimonial. Algunos fragmentos del Digesto así lo confirman: “Modestinus libro VII Differentiarum.- Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest, nam de curatore*

<sup>6</sup> GARCÍA DEL CORRAL, ILDEFONSO L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona 1892, t. III, p. 941.

<sup>7</sup> *La Instituta de Gayo* (1845), Imprenta de la Sociedad Tipográfica y Literaria, Madrid, p. 36.



*constituendo Edicto comprehensum est*”(Dig.26, 5, 20, pr)<sup>8</sup>; “*Hermogenianus.- Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe quum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur*” (Dig. 26, 7, 48)<sup>9</sup>; “*Ulpianus. Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet; [...]*” (Dig. 27,10,8)<sup>10</sup>.

A propósito de la designación del *curator ventris* los fragmentos que en las fuentes le otorgan al *nasciturus* derechos sucesorios, son abundantes. El siguiente corresponde a las Institutas de Gayo.

“*I.147.- Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit, non minus postumis, quam iam natis testamento tutores dari posse: si modo ea causa sint, ut si uiuis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos etiam heredes instituere possumus; cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit*” (Inst. Gayo-I, 147)<sup>11</sup>.

También Ulpiano en comentarios a Sabino reconoce que el *nasciturus* existe a los efectos sucesorios: “[...] *nam dicendum erit, suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepto fuerint; idque et Iuliano et Marcello placet*” (Dig. 38, 16, 1, 8)<sup>12</sup>.

En la misma dirección protectoria de la persona por nacer en materia sucesoria el edicto del pretor regulaba las medidas que debía tomar la viuda encinta respecto de las personas que pretendieran ser herederos del marido premuerto y le otorgaba el derecho a obtener a favor del hijo por nacer, una posesión provisional de

<sup>8</sup> GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., t. II, p. 243.

<sup>9</sup> Ivi, t.III, p. 267.

<sup>10</sup> Ivi, t. III, p. 333.

<sup>11</sup> *La Instituta de Gayo*, cit., p. 56.

<sup>12</sup> García del Corral, op. cit. t. III, p. 130.



los bienes del difunto, mediante la *bonorum possessio ventris nomine* en lugar de darle la posesión de los bienes contra el testamento.

*“Ulpianus libro XVI ad Edictum. Sicuti liberorum forum, qui iam in rebus humanis sunt curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis”* (Dig.37,9, 1, pr)<sup>13</sup>.

Para el caso de que el hijo del marido premuerto fuese impúber y otros herederos testamentarios o *ab intestato* le negaran la calidad de heredero y disputaran la herencia, el pretor Carbon, anterior a Adriano, le otorgó mediante el edicto llamado Carboniano la (*bonorum possessio ex edicto Carboniano*) hasta la edad de la pubertad.

*“Ulpianus libro XLI, ad Edictum. Si cui controversia fiet, an inter liberos, sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac sinulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur”* (Dig.37, 10, 1)<sup>14</sup>.

Y el pretor equiparó la protección del impúber con la del *nasciturus* en materia de posesión carboniana de los bienes y consideró más justificada la posesión para este último, no sólo por el derecho de la familia sino más aún por el derecho de la República.

*“Et generaliter, ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero Praetor dare solitus est, ex iisdem causis ventri quoque subnienere Praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus, quam pueri; partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur; partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam Reipublicae nascitur”* (Dig. 37, 9, 1, 15)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Ivi, t. III, p. 43.

<sup>14</sup> Ivi, t. III, p. 48.

<sup>15</sup> Ivi, t. III, p. 45.



En otro fragmento también se pronuncia *Scaevola* a favor del derecho del concebido a la sucesión ab intestato:

*“Scaevola libro XXIII Digestorum. Uxorem praegnantem repudiaverat, et aliam, duxerat; prior enixa filium exposuit; hic sublatus ab alio educatus est, nomine patris vocatus; usque ad vitae tempos patris, tam ab eo, quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur; mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus, neque heres institutos sit, recitato, filius et a matre, et ab avia paterna agnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimuspossidet; [...]”* (Dig.40,4, 29)<sup>16</sup>.

*En materia testamentaria, el derecho romano aún para excluirlo de la herencia exigió la desheredación nominal del nasciturus, para que no quedaran dudas respecto a su reconocimiento como tal.*

*“Nominatam autem exheredatus postumus videtur, sive ita dixerit:” quicumque mihi nasceretur”, sive ita: “ex Seia”, sive ita: “venter exheres esto”; sed et si dixerit: “postumus exheres esto”, natus vel post mortem, vel vivo testatore non rumpe”* (Dig. 28, 3, 3, 5)<sup>17</sup>.

*El nacimiento con vida era condición resolutoria para la adquisición de los bienes de la herencia. “Paulus libro I ad legem Iuliam et Papiam. Qui “mortui” nascuntur, neque nati, nequeprocreati videntur, quiaa, niunquam liberi appellari potuerun”* (Dig. 50,16, 129).<sup>18</sup>

*De los escasos fragmentos seleccionados, de entre los numerosos existentes en el Corpus podemos advertir que la protección de los derechos hereditarios del concebido en Roma, sujeto a que nazca con vida, era plena tanto en la sucesión ab intestato como en la testamentaria.*

<sup>16</sup> Ivi, t. III, p. 223

<sup>17</sup> Ivi, t. II, p. 351.

<sup>18</sup> Ivi, t. III, p. 927





### 3. ANÁLISIS A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

En el nuevo código unificado, luego de encendidos debates, se logró que el artículo 19 quedara redactado de la siguiente manera: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”. De ello podemos colegir que, si se reconoce el derecho de la persona humana desde el momento de la concepción, se debe determinar los derechos sucesorios de los embriones congelados no implantados. Pero el párrafo suprimido del artículo 19 del proyecto originario del código que fijaba el comienzo de la existencia del concebido fuera del seno materno en el momento de la implantación, quedó vigente tácitamente en virtud de lo establecido en los artículos 560 y 561 del mismo digesto jurídico que permite a la persona que se somete al uso de las técnicas de reproducción humana asistida retractarse del consentimiento prestado hasta el momento de la implantación del embrión. En igual sentido se redactó el art. 7 de la ley 26862/2013. Tal retractación, facultada por el artículo 561, tendrá repercusión en el derecho a suceder al causante regulado en el artículo 2279 inciso c), respecto de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida.

La muerte del causante trae aparejada la apertura de la sucesión y la transmisión de su patrimonio a las personas llamadas a sucederle sea por testamento o por imperio de la ley. Al respecto el artículo 2279 del nuevo código civil y comercial establece:

“[...] *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 561;*

*d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento”<sup>19</sup>.*

---

<sup>19</sup> Código Civil y Comercial de la Nación 2014. (2014). 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, rescatado de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar), p. 430.



Entre las enumeradas en el inciso c) están las que son objeto del interrogante de nuestro trabajo. El artículo 2279 del proyecto originario establecía: “*Pueden suceder al causante: [...] c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida con los requisitos previstos en el artículo 563 [...]*”<sup>20</sup>.

Y el referido artículo del proyecto disponía:

*“En caso de muerte del o de 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 a 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”*<sup>21</sup>.

Pero la filiación por voluntad procreacional regulada finalmente en el código que se aprobó por ley 26994/2014, eliminó la regulación de la filiación *post mortem*, al modificar el artículo 563 y suprimir la posibilidad de que la persona preste su consentimiento para que los embriones se transfieran a la mujer dentro del año posterior al fallecimiento, como establecía el artículo en su redacción originaria. El artículo 2279 definitivo remite al artículo 561 que simplemente fija las formas y requisitos para la instrumentación de dicho consentimiento que luego debe ser protocolizado ante escribano o certificado ante la autoridad sanitaria.

La eliminación referida se debió a que tal redacción del artículo 563, que permitía la filiación derivada de TRHA *post mortem* para los embriones criopreservados, hubiera significado un reconocimiento, aunque sea implícito, de la condición jurídica del embrión, cuando la intención del legislador fue negársela

---

<sup>20</sup> Modificación al proyecto de Código Civil y Comercial 2012, anexo I (2013): Infojus, rescatado de [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar), p.650

<sup>21</sup> Ivi, p.179.



habilitando la revocación del consentimiento informado hasta antes de producida la transferencia del embrión en el cuerpo de la persona (art. 561).

Respecto al consentimiento, el artículo 560 establece que los centros de salud que intervengan en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida deben recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan al uso de las mismas debiendo renovarse dicho consentimiento, cada vez que se proceda a la utilización de gametos o a la implantación de embriones. El mismo establece de modo expreso que el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Por su parte el artículo 562 regula la llamada voluntad procreacional según la cual los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de la mujer que dio a luz y del hombre o mujer que también prestó su consentimiento conforme a los arts. 560 y 561. Por lo tanto, para que exista filiación y derecho sucesorio del hijo nacido mediante técnicas de procreación artificial respecto del progenitor fallecido, ambos usuarios de la técnica deben haber prestado el consentimiento informado del art. 560, y suscripto el formulario respectivo con las formalidades del art. 561. El citado artículo 561 establece que: “[...] *La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción [...]*”<sup>22</sup>.

La redacción es imprecisa por cuanto no puntualiza a que disposiciones especiales alude, ¿a una ley especial, a disposiciones administrativas o a otras? Por nuestra parte entendemos que debería remitirse a los requisitos exigidos en los artículos 58 (investigaciones médicas en seres humano) y 59 (consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud).

---

<sup>22</sup> Código Civil y Comercial de la Nación 2014, cit. p. 137.



Es de recordar que Borda al comentar el proyecto de código de 1998 criticó la posibilidad de que niños que nazcan por medio de estas técnicas puedan tener derechos sucesorios. Concretamente señaló: “[...] *Lo cierto es que al conferirle derechos sucesorios al nuevo ser, se estimula la práctica de un procedimiento que por hipótesis es ilícito, Y se alienta la posibilidad de dar vida a un ser destinado inexorablemente a no tener padre en la vida real aunque lo tenga genéticamente*”<sup>23</sup>.

Sólo compartimos este punto de vista en cuanto a calificar a esas técnicas de ilícitas. Pero el argumento “[...] *de no tener padre en la vida real [...]*” no lo consideramos para nada válido, pues acaso ¿no se le permite nacer al hijo póstumo, que nace sin padre, y se le otorga derechos hereditarios?, y ello ya sucedía desde la antigüedad romana. Estamos de acuerdo en que se trata de una práctica inmoral y por ello se la debe prohibir desde el inicio; no cargar las consecuencias una vez más, sobre el ser humano más indefenso no permitiéndole ni siquiera nacer. Porque lo que estimula esta práctica ilícita no es conferirle derechos sucesorios al nacido por fecundación extracorpórea, sino permitirle y legislarla. Nuestra opinión a favor de concederles derechos sucesorios a los embriones crioconservados, se funda en la emergencia extraordinaria impuesta al derecho por la existencia de los embriones crioconservados en nuestro país, con carácter transitorio, es decir hasta que se le otorgue destino al último embrión crioconservado, y de ningún modo para legitimar la práctica de la crioconservación.

Compartimos la opinión de Ferrer que advierte que “[...] *al suprimirse la filiación post mortem y establecer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin más aclaraciones, quedamos en una situación compleja similar a la que se daba antes de la sanción del Código Civil y Comercial, pues la remisión al art. 561 no soluciona las cuestiones [...]*”.

---

<sup>23</sup> BORDA, G., «*Observaciones al proyecto de nuevo Código Civil*» (miércoles 2 de Junio de 1999), en *E.D.*



Por su parte Graciela Medina sostiene una posición más restrictiva en relación con la sucesión de personas concebidas mediante dicha técnica. Sostiene al respecto:

*“[...] para evitar inseguridad jurídica, independientemente de lo que reglamente la ley de técnicas de fecundación asistida es en el Código Civil y Comercial donde se debería haber dado una respuesta más categórica a los derechos sucesorios de los embriones no implantados y dar solución hereditaria a las personas que nacen después de la muerte del dador de los gametos [...] lo cierto es que tales nacimientos son hoy técnicamente posibles, no se encuentra prohibida la crioconservación ni de gametos, ni de embriones en consecuencia creemos que debe interpretarse el C.C. y C. en forma integral y establecer que quienes nazcan por técnicas de fecundación humana asistida realizadas post mortem no tienen derechos hereditarios, cuando al momento de su muerte el progenitor fallecido no hubiera renovado el consentimiento para la utilización de gametos o de embriones”<sup>24</sup>.*

Interpretando a *contrario sensu*, y siguiendo en la misma línea interpretativa de Medina, si el progenitor fallecido hubiera renovado el consentimiento para la implantación de los embriones, ellos podrían tener derechos hereditarios aún cuando no hubieran llegado a implantarse antes del fallecimiento. Continuando con la postura Medina, dice: *“[...] no es válido que en un testamento se autorice la utilización de gametos congelados, ni de embriones no implantados, porque el testamento tiene efectos post mortem y la voluntad procreacional debe ser otorgada antes de la muerte del causante”<sup>25</sup>.*

Respecto a esta última opinión, ambas manifestaciones no son excluyentes, ya que tanto el testamento como la exteriorización de la voluntad procreacional son otorgadas antes y ambas serían dadas para que tengan efecto después de la muerte. Y concluye Medina reiterando:

*“[...] Independientemente que la ley que reglamente las técnicas de fecundación asistida consideren ilícitas las técnicas de fecundación asistida post mortem, lo cierto es que la intención del legislador ha sido negar derechos hereditarios a los seres que nazcan de técnicas reproducción asistida pot*

---

<sup>24</sup> MEDINA, G., *El derecho de sucesiones y el nuevo código civil y comercial*, p. 28, [www.gracielamedina.com>Uploads>: SUCESIONES-IPIO-final.doc](http://www.gracielamedina.com/uploads/SUCESIONES-IPIO-final.doc) - [Consulta: 10 abr. 2017].

<sup>25</sup> Ivi, p. 29. [Consulta: 10 abr. 2017].



*mortem cuando el consentimiento para la implantación no fue dado expresamente por ambos progenitores. Tacharlas de ilícitas, daría lugar a sanciones de tipo administrativa, penal y hasta civil, pero no soluciona el aspecto sucesorio, por ello correctamente el código opta por una de las soluciones posibles, que es negarles derechos hereditarios”<sup>26</sup>.*

La doctrina existente hasta la fecha que es contradictoria, tampoco echa luz sobre la cuestión, porque a veces se hace una interpretación integral del código - tal como sostiene Graciela Medina para fundar su postura. Otras, se lleva adelante una interpretación amplísima como surgió de algunos fallos judiciales encuadrados en el principio constitucional del artículo 19. Y en algunas también se hizo una interpretación restringida.

También la jurisprudencia viene permitiendo la utilización del material genético *post mortem*, aún después de la puesta en vigencia del Código Civil en 2015, por el vacío legal que éste ha dejado. Citamos algunos fallos, aunque cada cual pone el enfoque en distintas aristas de esta espinosa cuestión: en unos casos la autorización judicial es para extracción de material genético *post mortem*; en otros, el fallecimiento ocurrió con posterioridad a la extracción de material genético, consentida por quien se había sometido voluntariamente a un procedimiento de TRHA; en alguno también ya se contaba con embrión conformado con material genético de la persona fallecida. Las circunstancias particulares incidieron en la argumentación y la resolución de cada caso.

El primero que se conoce sobre la fecundación *post mortem* concluyó autorizando la utilización del material genético bajo la figura del "consentimiento presunto" en el que la actora mediante una acción declarativa solicitó al tribunal que

---

<sup>26</sup> MEDINA, G., *Reforma al código civil argentino en materia sucesoria*, [Http://reforma-sucesiones2.doc](http://reforma-sucesiones2.doc). [Consulta: 12 abr. 2017].



declare que no existía impedimento para que se le implantara el material genético criopreservado de su cónyuge premuerto en marzo del 2011.<sup>27</sup>

Vale citar otro fallo también anterior a la puesta en vigencia del código unificado y que si bien no se trató de un caso de muerte sino de separación, se destaca la trascendencia del consentimiento dado por ambos y la responsabilidad que asumen los progenitores al someterse a un tratamiento de fertilización asistida:

*“[...] Se autoriza la implantación de embriones crioconservados, a pesar de la oposición del padre –separado de hecho de la actora-, pues su negativa actual se opone a la aceptación de la paternidad biológica ocurrida desde el momento en que aceptó hacerse un tratamiento de fertilización asistida [...]. Desde que el hombre aportó su material genético para la procreación aceptó su participación con todas sus consecuencias, incluida la manutención de ese hijo”<sup>28</sup>.*

Otro pronunciamiento favorable fue el de la Cámara de Apelaciones de Mendoza<sup>29</sup> que hizo lugar al pedido de transferencia *post mortem* a favor de una mujer que había conseguido con anterioridad autorización judicial para extraerle material genético del cuerpo de su esposo fallecido.

Finalmente tuvo lugar el del juez con competencia en lo civil patrimonial por tratarse de una acción de amparo contra el Instituto de Ginecología y Fertilidad.<sup>30</sup>

Pero los pronunciamientos favorables no cesaron después de la puesta en vigencia del nuevo código. En un fallo<sup>31</sup> en el que si bien no se discutió la legalidad

---

<sup>27</sup> Trib. Fam. N°3 Morón, "G., A. P. s/acción declarativa", 21/11/2011, *Revista de Derecho de Familia* N° III, (2012), Abeledo Perrot, Buenos Aires, ([http://: microjuris.com](http://microjuris.com)) [Consulta 4 abr. 2017]

<sup>28</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala J 13 de Septiembre de 2011, Autos: Perazzo Ana vs. Alan Christian Skou s/medidas precautorias, [http://:microjuris.com](http://microjuris.com). [Consulta: 13 abr. 2017]

<sup>29</sup> Cámara de Apelaciones 3° en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario - Mendoza, "S., M. C. s/ Medida autosatisfactiva", 7 de Agosto de 2014, Rubinzal Culzoni, RC J 6303/14.

<sup>30</sup> Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N°. 3, "K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo", 3 de Noviembre de 2014, LA LEY on line. [Consulta: 15 abr. 2017].

<sup>31</sup> Juzgado de 1° instancia en lo civil, comercia, laborar y de minería N° 4 Santa Rosa, La pampa, A.C.V.c/Instituto de Seguridad Social s/amparo, 30 de diciembre de 2015. (<http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-1ra-inst-civ-com-lab-y-mineria-no4-santa-rosa-la-pampa-fertilizacion-post-mortem/>). [Consulta 30 mar. 2017].



de la fecundación “*post mortem*”, se hizo lugar a una acción de amparo promovida por una mujer contra el Instituto de Seguridad Social para que la obra social diera cobertura integral y gratuita para la implantación de seis embriones crioconservados, producto de TRHA con material de su conviviente fallecido.

Otro antecedente, el más reciente,<sup>32</sup> es el fallo en el que una mujer solicitó autorización judicial para utilizar el material genético crioconservado, extraído después de muerto -con autorización judicial- a su conviviente fallecido en el accidente ferroviario conocido como la tragedia de Flores, para un tratamiento de fertilización asistida. La magistrada para la resolución del caso prestó especial relevancia a la conformidad de los padres del fallecido como si éste fuera un elemento preeminente en un proyecto de parentalidad *post mortem* recurriendo a otra modalidad del consentimiento, como lo es el denominado consentimiento por representación. Finalmente fundamentó la autorización en que si bien no existe norma alguna que regule la petición formulada, invocó el artículo 19 de la Constitución Nacional y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994.

#### 4. A MODO DE COLOFÓN PARA SEGUIR PENSANDO

De lo planteado surgen múltiples interrogantes que no se han regulado en el código de 2015 a pesar de que ya se vislumbraban de acuerdo a la sofisticación que van adquiriendo las técnicas de fecundación asistida tras la conservación de tejido ovárico, esperma, gametos, embriones. Eh aquí algunos de aquellos: ¿En caso de que el potencial progenitor hubiera dado o renovado el consentimiento con todos los recaudos exigidos en los arts. 560 a 562 pero el fallecimiento acontezca antes de procederse a la implantación, ésta se podría llevar a cabo? ¿En caso afirmativo, la

---

<sup>32</sup> Juzgado Nacional en lo Civil N° 87, autos: N.O.C.P. s/autorización, en *Revista El Dial*, 10 Junio 2016.





persona nacida bajo esta modalidad tendría filiación respecto del fallecido? ¿Tendría vocación hereditaria respecto de él, y en el supuesto vendría por derecho propio o por representación? ¿Qué fuerza tendría el consentimiento dado? ¿Se debería cumplir algún plazo entre la instrumentación del consentimiento dado por el fallecido y la práctica de la implantación en la mujer para darle fecha cierta? ¿Deberían diferenciarse en la instrumentación, los consentimientos informados si se trata de gametos o de embriones? ¿Podría incluirse entre las directivas anticipadas del artículo 60 del código que la persona preste su consentimiento para que dentro de un plazo los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento? Todos estos interrogantes y muchos más que se pueden suscitar, encuentran una orfandad legislativa alarmante. Entendemos que todos estos interrogantes se deben resolver por la vía legislativa, considerando al embrión crioconservado como un ser en acto y no en potencia.

El código no tuvo en cuenta que lo que está en juego es nada más ni nada menos que la posibilidad de completar o no el desarrollo normal de millones de seres humanos. De tal imprecisión se derivan las demás consecuencias adversas en el aspecto patrimonial. Se legisló sólo en nombre de una modernidad vacía, sin memoria, cuyas leyes copian lo que acontece en los hechos aunque cada vez se alejen más del bien común; ya que se habilitó ilimitadamente la aplicación de técnicas de fecundación asistida para la generación de seres humanos, pero una vez creados se los privará de la posibilidad de continuar su desarrollo vital con artilugios legislativos que hacen que la mujer se vea impedida de obtener la implantación del embrión en caso de fallecimiento del otro progenitor. Esos embriones están condenados a ser destruidos como si fueran un objeto inservible.

El debate es cada vez más candente y no se lo puede soslayar. Por ello el legislador, está obligado a suplir las lagunas normativas para proteger a los embriones congelados ya existentes y detener la aplicación tenebrosa de técnicas de procreación extracorpórea que ponen en riesgo la supervivencia de la especie



humana e inciden en materia de derechos de la persona, en todo el ámbito del derecho de familia y sucesorio. No cabe duda que la aplicación de las técnicas de fecundación asistida es una forma de disgenesia, que ha comprometido los vínculos fundamentales de origen de la familia y de la sociedad misma<sup>33</sup>.

Lo cierto es que en la actualidad no existe resguardo jurídico para quienes eligen esta riesgosa alternativa; ni para el niño por nacer, ni para la familia, porque, aunque la práctica no está prohibida, los centros de fertilización ante la desorientación y la falta de información veraz, en situaciones que se complejizan recurren a la judicialización de la cuestión, terminando la intimidad de la pareja ventilada en los estrados judiciales.

El nuevo código lejos de resolver la cuestión, ha dejado a esos seres concebidos en una situación igual o de más indefensión que antes de su entrada en vigencia y el debate sigue abierto. Teniendo en cuenta que la ley y la conciencia jurídica romana protegieron no sólo la vida del *nasciturus* desde el primer instante, sino también resguardaron los bienes que por sucesión le podían corresponder, partiendo de la equivalencia ontológica entre el concebido y el ya nacido. Consideramos que no hay avance duradero sin afianzarse en las raíces, porque innovar no es romper con la tradición, sino incorporarse a ella y a partir de allí proyectarse más allá de los tiempos, pero sin apartarse de la razón natural.

---

<sup>33</sup> LOYARTE, D., ROTONDA A., *Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético: aspectos biomédicos, aspectos bioéticos, aspectos jurídicos*, Buenos Aires 1995, p. 406.