

LA FILIACIÓN POST MORTEM MATERNA: LA FIGURA DE LA QUE NO SE HABLA

Autora: Inés Bescós Vera, Universidad de Buenos Aires

Resumen:

En el siguiente trabajo se tratará de poner en evidencia los pocos avances que se han podido realizar en materia de técnicas de reproducción humana asistida, tras la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, las técnicas post mortem y de gestación por sustitución fueron contempladas en el Anteproyecto sin llegar a formar parte del texto final. Y así, los viudos y convivientes supervivientes de mujeres fallecidas ven sus derechos vulnerados ante la voluntad procreacional que no pueden ejercer por no contar con una normativa que regule y permita la gestación de sus hijos o hijas.

Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) ha venido a regular aquellas situaciones fácticas de la realidad que poca normatividad encontraban en el Código de Vélez Sarfield. Era necesario, casi urgente, que su texto saliera aprobado, publicado en el Boletín Oficial, y posteriormente, entrado en vigencia el 1º de agosto último. Sin embargo, no es menor que muchas cosas se han quitado o modificado del texto del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, tales como el artículo 19, donde se contemplaba el concepto de persona en el caso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), o el artículo 562 que regulaba la figura controversial de la gestación por sustitución¹.

Las TRHA tienen múltiples variantes con el fin de concebir un niño o niña. Desde la donación anónima de gametos hasta la gestación por sustitución, encontramos un campo muy amplio en donde uno podría encasillarse, de acuerdo a las necesidades. Una de estas figuras es la implantación del material genético del marido fallecido en la cónyuge superviviente con el fin de concretar el proyecto de familia que tuvieron en común.

Como se podrá apreciar en el párrafo anterior, solamente se hizo referencia a la mujer que se implantaba el material genético de su marido fallecido, y esto siempre fue aceptado de esta manera. La filiación post-mortem se encuentra regulada en otros países, pero siempre haciendo alusión a que es la futura madre quien debe solicitar la implantación. La pregunta es por qué el padre no se encuentra contemplado en esta figura. ¿Acaso no tiene el derecho a concretar ese proyecto en común que tenía con su pareja fallecida? ¿No tiene derecho a ser padre con ese material genético?

¹ Esta modificación fue atribuida a las relaciones políticas entre el Gobierno de Cristina Fernández de Kirchner y el Vaticano, tras la asunción del Cardenal Jorge Bergoglio como el Papa Francisco I. Para más información, consultar <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=716081>.

La idea de este trabajo es poder dirimir la causal central que impide a los padres a recurrir a esta técnica para poder lograr ese proyecto que tenía en común con su pareja, y así realizar la filiación post-mortem correspondiente.

I. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

El concepto de familia que alguna vez fue modelo a seguir por la normativa argentina dejó de existir como tal, hace ya varias décadas. En efecto, además de contar con la clásica familia heterosexual, hoy encontramos familias del mismo sexo, monoparentales, y ensambladas o integradas –los tuyos, los míos y los nuestros-.

Muchas de estas familias, hoy recurren a las TRHA por distintos motivos. La Organización Mundial de la Salud define a las Técnicas de Reproducción asistida como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado”²

Como explica Agustina Pérez, estos tipos de tratamientos que una vez fueron utilizados para ayudar a familias heterosexuales que no podían concebir por el método natural, hoy son utilizados por familias del mismo sexo, así como mujeres solas que desean ser madres³. Y la ciencia permite la posibilidad de colaborar y contribuir al proyecto personal y/o familiar.

Lo cierto es que, si bien estas técnicas comenzaron a aparecer en 1974 con el primer resultado de una fertilización in vitro, y luego a ampliarse en sus diferentes tratamientos, Argentina recién sancionó en 2013, casi 40 años más tarde, la ley 26.862 para el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida; y hoy, los frutos de esa normativa pueden visualizarse en el nuevo CCyC. De más está decir que esta ley sufrió las típicas críticas conservadoras que sufrieron otras leyes de avanzada como la 26.618 que regula el matrimonio igualitario, o la 26.743 que define y regula la identidad de género. Argentina siempre tuvo una visión muy restringida, por no decir religiosa, de la forma en la que debía vivir su sociedad. Y con la asunción del Papa Francisco, primer Papa argentino, la sucesión de eventos en la necesidad de regular la realidad, era un poco turbulenta.

II. Reproducción artificial post mortem

² Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

³ PEREZ, Agustina, G. “Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida”, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf>

Una de las variantes dentro de las TRHA es la reproducción artificial post mortem. Esta técnica es utilizada cuando el marido fallece y la viuda solicita la implantación del material genético de este para poder quedar embarazada. De esta manera, el nacido sería hijo del causante, generándose una filiación paterna automática.

a) Algunas regulaciones extranjeras⁴

Claro es que muchos Estados han regulado las TRHA ante su alta demanda, pero en el caso de las fertilizaciones post mortem, cada país impone sus propias normas y la variedad es impresionante.

En Alemania, por ejemplo, se permite que la mujer del causante sea fecundada artificialmente, pero no así en los casos que se implante en otra mujer. En este último caso, se otorgará una multa o prisión de hasta tres años⁵.

Suiza, en su ley sobre procreación asistida de diciembre de 1998, prohíbe la utilización del material genético de una persona después de su fallecimiento, marido incluido.

Suecia, inicialmente, estipuló la prohibición de esta técnica basándose en el derecho del menor a conocer, o mejor dicho a tener acceso a ambos padres. Sin embargo, en su ley sobre inseminación artificial de 1984 se permitió a la mujer poder ser inseminada con el material genético de su marido o conviviente, siempre que el causante haya prestado su consentimiento por escrito.

En Dinamarca, la ley sobre reproducción artificial de 1997, estableció la destrucción del material genético del fallecido, aun cuando ese haya sido establecido con el fin de inseminar a la mujer casada.

Por el contrario, Inglaterra, es más permisiva y a la vez regulatoria en este campo. Así, ella indica que los que se someten a las TRHA deberán especificar qué hacer con los gametos en caso de fallecimiento. Empero, en caso de inseminación de la mujer con el material genético del marido fallecido, no podrá otorgarle el reconocimiento de la paternidad.

b) El caso de España⁶

Un artículo que da de qué hablar en filiación post-mortem es el artículo 9 de la ley 14/2006⁷, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España. De dicha

⁴ CARRANZA CASARES, Carlos A. y HERRERA, Marisa, “La fecundación ‘post-mortem’ y su incidencia en el derecho de filiación”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2002, Vol. 21, p. 26-28

⁵ Ley de protección del embrión N° 745 del 13 de diciembre de 1990.

⁶ RODRIGUEZ GUITIÁN, Alma M., “Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 11-16

⁷ Artículo 9. Premoriencia del marido: 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los

normativa pueden sacarse varias conclusiones. En primer lugar, el marido puede dejar su consentimiento por escrito con el fin de que su mujer lo utilice para concebir. En segundo lugar, no es necesario ser una pareja matrimonial. Basta con que acrediten su condición de convivientes y el hombre deje asentado su consentimiento. En tercer lugar, se presumirá el consentimiento siempre y cuando la pareja se estuviera sometiendo a tratamientos con técnicas de reproducción humana asistida. Y finalmente, pero no menos importante, se encuentra el factor tiempo. En otras palabras, la mujer tendrá hasta 12 meses para poder implantarse los gametos de su pareja, a diferencia de la ley de 1988 sobre reproducción asistida, que solamente brindaba hasta 6 meses para realizar la TRHA en cuestión. Este caso, al igual que el resto de los países mencionados hace únicamente referencia a la mujer implantándose material genético ya que el título del artículo se denomina “premorienza del marido”.

c) El Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Hoy por hoy, Argentina no tiene una regulación específica sobre la filiación post mortem, pero pudo haberla tenido.

El artículo 563 del Anteproyecto estipulaba la regulación de las técnicas y filiación post mortem, en relación a las TRHA indicando lo siguiente: “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”. Como se observa, la Comisión que reformó el Código Civil en el área de familia utilizó distintos ordenamientos jurídicos para poder llevar adelante el nuestro, en esta temática, con especial énfasis en la ley española, ya que el artículo 563 contemplaba que la pareja podía ser el marido o conviviente, que debía mediar el consentimiento en vida del causante, y que regiría un plazo de 12 meses para poder realizar la inseminación post mortem.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, este artículo no llegó a ser aprobado por la Comisión Bicameral, siendo dejado de lado para la entrada en vigencia del nuevo CCyC.

12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

III. Reproducción artificial post mortem materna

Esta TRHA es muy específica en su campo de aplicación ya que todos los ordenamientos jurídicos que podrían permitir la filiación post mortem indican, con excepción de Inglaterra, que la mujer es la única que puede implantarse los gametos de su marido o conviviente fallecido. El hombre no entra en el beneficio de este derecho porque, al no poder quedar embarazado por sus propios medios, tendría que recurrir a otra mujer (gestante) para que pueda implantar el material genético suyo y de la fallecida en ella, a fin de tener su hijo o hija. Dicho con otras palabras, el hombre tendría que recurrir a la temida técnica de la gestación por sustitución para poder acceder a su hijo, fruto de un proyecto en común.

a) La gestación por sustitución

Esta técnica, tomada por la doctrina centro-derecha como un poco controversial, se deja entrever en la única posibilidad que tendría el marido o conviviente para poder engendrar un hijo con los gametos de su mujer fallecida. La gestación por sustitución podría ser definida como “un acuerdo o pacto, por el que una mujer se somete a técnicas de reproducción asistida, para gestar un bebé en beneficio de otra pareja o persona, a los cuales se les tiene que entregar el niño al nacer, renunciando la gestante a sus derechos sobre el niño”⁸.

La definición es sumamente importante ya que muchas veces uno habla del mal llamado “alquiler de vientre” o “maternidad subrogada”. De acuerdo con esta definición, no hay plata de por medio para poder hablar de una acción pecuniaria. Pero tampoco podemos hablar de una madre sustituta, ya que habría una madre fallecida, pero quien realmente se haría cargo del niño o niña sería su padre, quien no es subrogado en ningún momento.

b) España, el Anteproyecto, y la laguna del derecho actual

Como se mencionó anteriormente, España tampoco contempla la posibilidad de la filiación post mortem materna, ya que si lo hiciera podría contradecirse con el artículo 10 de la misma Ley 14/2006, donde se expresa la prohibición terminante de la gestación por sustitución. Así, el marido queda legalmente desamparado para poder concluir el proyecto en común con su mujer fallecida.⁹

Por el contrario, la Comisión de Familia para la Reforma del CCyC, sí lo incluyeron en el Anteproyecto. El artículo 562 estipulaba una serie de requisitos para que la gestación fuera legal: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los

⁸ MOLINA MARTINEZ, Elena, “*La maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado español*”, Universidad de Jaén, 2014.

⁹ RODRIGUEZ GUITIÁN, Alma M., “Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p.

requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”. Esta disposición normativa hubiera permitido el desarrollo de una TRHA especial, pero regulada y amparada por el ordenamiento jurídico argentino. Así, incluso el viudo o conviviente supérstite podría haber tenido un derecho al que él pudiera acceder para consolidar ese proyecto en común con su mujer fallecida.

Sin embargo, el artículo no llegó al texto definitivo. Claramente, regular esta realidad controversial era muy arriesgado para nuestros legisladores quienes deberían regular situaciones de este calibre que están ocurriendo, pero que de todas formas miran para otro lado. La consecuencia de maniobrar las leyes de esta manera es que muchas veces se perjudican a personas que realmente necesitan ver sus derechos contemplados.

El problema que existe frente al vacío legal es que, si el cónyuge o conviviente supérstite decidiera iniciar los trámites para gestar a su hijo con material genético de su mujer fallecida, la gestante será reconocida como la madre del nacido según el artículo 565 del CCyC; y por ende, se deberán realizar las causas legales correspondientes para re-determinar la filiación materna y paterna, en el caso que la gestante hubiera estado casada (ya que se presume padre al marido).

IV. La voluntad procreacional como elemento de la filiación¹⁰

Cuando surgieron las TRHA, la filiación podía ser brindada a través de distintas verdades, como explican Aida Kemelmajer, Marisa Herrera y Eleonora Lamm. Estas verdades pueden ser genéticas, biológicas o voluntarias. La primera se funda en el mero hecho de hacer aportado los gametos sin importar quien lo geste. La segunda, además de tener contenido genético, contiene un acto humano –relación sexual y, en el caso de la mujer, la gestación por 32 semanas-. Y la última, tiene el elemento consentido de querer ser padres.

En este sentido, es importante recalcar que entre estas verdades, la más importante es la voluntad procreacional porque ella es la única situación que no se pueden suplir. Dicho con otras palabras, lo genético o lo biológico puede ser alterado; uno puede no aportar su material genético o no gestarlo. Pero lo que no puede ser alterado es la voluntad procreacional de los padres. En palabras de Rivero Hernández: “El hijo nace precisamente

¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HEERERA, M. y LAMM, E., “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, en Derecho Privado. Bioderecho, Infojus, 2012, p. 19-22.

por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido”¹¹.

Cuando el artículo 562 del Anteproyecto fue pensado, la Comisión para la Reforma explicó que el elemento central de la gestación por sustitución es, justamente, la voluntad procreacional. Pero esta voluntad debe ser llevada a todos los casos donde prime la opción de ser padres, sea por Técnicas de Reproducción Humana Asistida o por técnicas biológicas.

V. La posición vulnerable del hombre

Los hombres que se encuentran en esta situación pueden encontrarse en dos escenarios distintos: o bien tienen el material genético de su mujer porque ya estaban realizando tratamientos asistidos, o bien, no cuenta con los gametos de ella. En el primer escenario, la situación podría ser un poco más favorable en tanto que hay factores que indican la voluntad procreacional de la pareja con el adicional de ya contar con el material genético crioconservado de la mujer. En cambio, en el segundo escenario la trama es más complicada: no hay juez o tribunal alguno que hoy permita que el hombre extraiga material genético de su mujer fallecida para poder realizar una técnica que no se encuentra regulada, pero que tampoco sería permitida por un juez.

Cuando el Poder Judicial permite la acción de los comitantes ante una gestación por sustitución, lo hace en favor del interés superior del niño, pero al no haber un niño o niña en cuestión, no habría necesidad de realizar los trámites necesarios para gestarlos a través de una técnica no permitida.

Conclusión

Si la mujer prestase su consentimiento previo, libre e informado, tal como hubieran podido iluminar los artículos 562 y 563 del Anteproyecto, quizás hoy el padre encontraría una solución más efectiva a la hora de analizar la gestación, nacimiento y filiación del niño o niña. El problema sigue siendo la falta de regularización de estos casos que pueden ser complejos pero no dejan de ser reales, no dejan de ocurrir por no reglamentarlos. Es importante que ambos progenitores tengan la posibilidad de acceder a esta técnica, especialmente porque existiría una línea de igualdad con el fin de concretar el proyecto en común de la pareja, que es uno de los pilares de la vida en conjunto.

¹¹ RIVERO HERÁNDEZ, Francisco, La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, 1987, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 146.