

LA GENÉTICA Y EL DERECHO. LA INSEMINACIÓN POST MORTEM*

Por **María Adelina B. Damilano de Mosconi** y
Orieta E. Pontoriero

Eppur si muove...
Galileo Galilei

“Lo que caracteriza a nuestro siglo es la perfección en los medios y la confusión en los fines”, expresó Albert Einstein. Y es así, ya que el hombre crea constantemente, se maravilla de su creación, avanza y, súbitamente, se da cuenta de que muchas veces es superado por sus propios descubrimientos. Estamos en una nueva revolución copernicana, galileana, de lo que es la fecundación como origen del ser humano, del inicio de la vida; ya no es la concepción oculta, misteriosa que se desarrollaba como un rito incomprensible, dentro del seno materno; ahora la ciencia ha permitido al hombre ver, como a través de un claro cristal, el inicio de la vida humana.

* Este trabajo fue presentado por las autoras, integrantes de la delegación argentina, en el XXI Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Berlín, Alemania, año 1995, Tema III: “La Medicina reproductiva moderna y sus efectos en el Derecho Familiar y Hereditario” y, previamente, en la XXIII Jornada Notarial Argentina, Córdoba, 1994. Frente a la inminente sanción del Código de Unificación del Derecho Civil y Comercial es que hemos decidido dar a publicidad el trabajo reproducido. En el Proyecto y en materia sucesoria ha habido una importante reforma que consagra nuestros anhelos de que en una norma clara y precisa se contemplen los derechos sucesorios del niño concebido por inseminación *post mortem*. En aquella oportunidad y ante el vacío legal interpretamos el artículo 3290 del Código Civil no en forma aislada sino teniendo en cuenta otras normas posteriores como la ley de filiación número 23264, y destacamos la importancia de la labor del juez en la resolución del tema en casos concretos. También, y como *lege ferenda*, propiciamos la reforma del artículo 3290, tal como a nuestro entender debía quedar redactado agregándole un bis –según se expresó–, evitando dejar al

Cuando la tecnología y la ciencia se ocupan de generar y/o manipular la vida humana, más allá de la legitimidad de sus fines, es imprescindible que el científico actúe con ética. La manipulación genética es una cuestión que debe ser considerada con máxima prudencia, y el hombre político, el legislador, el sociólogo deben asumir el compromiso de contemplar las nuevas situaciones que se crean en este campo tan delicado, y protegerlas, ya desde los organismos oficiales, por medio de una legislación coherente y con una visión contempladora y comprensiva de las nuevas realidades.

El tema científico de este trabajo es la inseminación o fecundación extracorpórea, homóloga, que se realiza en la esposa viuda, con semen del marido dado en vida, y una vez que éste haya fallecido. El semen es dado en vida por el esposo, es congelado, con la expresa condición de que con el mismo sea fertilizada su esposa, una vez él fallecido, ya que por circunstancias de fuerza mayor, la fecundación no puede hacerse en vida.

Es por eso que la fecundación se denomina *post mortem* y el hijo así concebido, “póstumo o superpóstumo”. Si bien el hijo no fue concebido en forma natural, con el apareamiento de hombre y mujer, debe considerarse al dador padre biológico del niño, ya que a él pertenece el semen fecundante.

Consideramos viable la utilización de estas técnicas de reproducción humana, siempre que se cumplan los requisitos indispensables para que ética y legalmente sean aceptables, requisitos que desarrollamos en la ponencia y que aquí simplemente enunciamos: 1) Inseminación homóloga: semen del marido premuerto para inseminar a su viuda. 2) Voluntad expresa del dador respecto a lo que antecede, expresada bajo formas solemnes; testamento por escritura pública. 3) Cumplimiento de un plazo para proceder a la inseminación, no mayor a noventa días. 4) Destrucción inmediata de los gametos sobrantes para evitar que sean utilizados para una fecundación heteróloga.

Filiación

Se debe reconocer al hijo póstumo *status filii*. El presupuesto biológico de filiación impuesto por la legislación actual (ley 23264) es la que permite, en última instancia, la posibilidad de la prueba del vínculo filial y otorga a otros herederos interesados la posibilidad de impugnar dicho vínculo. Esta ley signifi-

arbitrio del juez la decisión, lo que podría crear injusticias y discriminaciones. La claridad con que los destacados juristas redactaron el artículo del mencionado Proyecto de Unificación despeja toda duda, ya que en sus partes pertinentes dice: “ART. 1229. PERSONAS QUE PUEDEN SUCEDER: ...C) Las que nazcan dentro de los 480 días de la muerte del causante, a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos críoconservados del causante o de la críoconservación de un embrión formado con gametos de aquél, sean estas prácticas lícitas o no. En ambos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante...” En consideración a los casos concretos que se han producido en diferentes países relacionados con el tema y de los que dan cuenta numerosas publicaciones periodísticas y científicas, hemos creído que si bien la temática abordada en el citado trabajo no es estrictamente ortodoxa, contempla una realidad insoslayable que la ley debe regular y proteger, como surge del articulado del Proyecto citado, según lo previmos y plasmamos con espíritu innovador.

ca una adecuación a la realidad contemporánea y un avance en cuanto a la legislación en materia filial. Es posible su articulado, por cuanto la ciencia y la tecnología proveen actualmente los métodos idóneos para la prueba genética.

El artículo 253 dispone: “En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de partes”. Conteste con esta legislación y por ley 23511 del año 1987, se dispone la “creación en nuestro país del Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG), con el fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relacionados a la filiación”. Por esta ley se dispone que el Banco Nacional de Datos Genéticos funcione en un hospital público, dependiente de organismo oficial, y serán sus funciones: “a) organizar, poner en función y custodiar un archivo de datos genéticos; b) producir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial...” El Dr. Jorge Llambías opina: “Que la prueba de peritos reviste singular importancia en el estado actual de la ciencia y constituye uno de los auxiliares más importantes con que el Juez cuenta en su tarea”. En cuanto a los pronunciamientos judiciales podemos hacer mención a la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 23/92 que dispuso que: “El Poder Judicial de la Nación anticipará el pago de los estudios de ... HLA y ... ADN, cuando su realización fuera indispensable para el resultado del proceso, consecuencia de medida de oficio o pedida por quien actúa en beneficio de licitar sin gastos. En los restantes casos el tribunal interviniente solicitará a la institución correspondiente su realización, corriendo su pago por cuenta del interesado”. Y un muy reciente fallo, sin precedentes en el país, dictado por el juez federal de San Carlos de Bariloche (Río Negro), Dr. Leónidas Moldes, que ordenó la extracción compulsiva de sangre a efectos de comprobar la determinación fehaciente del vínculo en el caso de filiación (diario *La Nación* 19/9/1994, págs. 1 y 16).

Por supuesto que es indispensable, además, la voluntad expresa del esposador, para asegurar aún más el origen de la fecundación. En otras legislaciones, la voluntad indubitable del marido de asumir la paternidad del niño se constituye en un serio fundamento de la relación filial (Códigos Civiles suizo, boliviano, holandés, alemán, etc.).

La mujer deberá observar un plazo no superior a los noventa días posteriores al fallecimiento de su cónyuge para proceder a la inseminación o fecundación *in vitro*, en resguardo de los derechos hereditarios de los demás herederos del causante. Es importante dotar al niño concebido y nacido *post mortem* de todos los deberes y derechos que la ley le acuerda respecto de la patria potestad, incluso vínculo intacto con los parientes consanguíneos del padre, quienes le deberán alimentos para el caso de orfandad. Esto es así porque la citada ley elimina la diferencia entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, permitiendo por fin la desaparición total de la *capitis diminutio* entre los hijos concebidos dentro y fuera del matrimonio.

Si bien la legislación actual no contempla la situación de los seres concebidos y nacidos *post mortem* (disuelto el vínculo por muerte del cónyuge), con-

sideramos que entrarían en la categoría de los hijos matrimoniales los que nazcan dentro de los trescientos días posteriores al fallecimiento del causante, por aplicación de la presunción legal de legitimidad establecida por el art. 243 del Código Civil, y cuando nazcan fuera de ese término podrían considerarse extramatrimoniales, sirviendo esta diferenciación, desde nuestro punto de vista, solamente para la viabilidad o no de las acciones de impugnación de paternidad que puedan ejercer los herederos del *de cuius* o terceros interesados, ya que en el primer caso la presunción de legitimidad está contemplada en la ley.

Derechos sucesorios. Interpretación del art. 3290 del Código Civil ante la nueva situación creada por la inseminación post mortem y la ley de filiación 23264

El artículo 3290 del Código Civil reza: “El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle”.

Consideraciones previas

En los sistemas jurídicos, en los que la legislación es fuente predominante del derecho, la interpretación de las normas adquiere suma importancia, dado que las mismas pueden haber sido dictadas en un contexto social que no es el mismo en el que les toca ser aplicadas y, en virtud de ello, es que asume un papel fundamental la labor del juez que tiene que aplicar esas normas, en un contexto social totalmente diferente.

Ante un vacío legislativo, cuando la realidad social supera la realidad jurídica, el juez al dictar sentencia puede apartarse de la interpretación literal de la norma creando derecho para ese caso en particular. El derecho es dinámico y no estático y para nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho. Alf Ross, en su libro *Sobre el Derecho y la Justicia*, expresa: “La administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores son: la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material; la decisión está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actividad valorativa de la conciencia jurídica. Podemos decir, entonces, que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual, está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en la conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales”. Lo que queremos poner de relieve es que en el estado actual de nuestra sociedad, la labor de interpretar y aplicar las normas debe quedar sujeta al criterio de los jueces, que son en definitiva quienes van a recoger el uso de las técnicas de reproducción asistida, en tanto y en cuanto coincidan con los principios éticos que rigen la sociedad actual.

Sentadas estas premisas, ante una norma tan categórica como el artículo 3290 del Código Civil, ¿podrían los jueces acordar derechos sucesorios al hijo concebido *post mortem*, tomando en cuenta otras normas posteriores y una realidad diferente, en la cual el avance de la técnica en materia de reproduc-

ción humana asistida ha creado situaciones fácticas que obviamente nunca pudieron ser contempladas por el legislador?

Dar respuesta a este interrogante es otro de los propósitos que ha motivado este trabajo.

Como ya hemos expresado, si la filiación resulta ser probada, conforme lo dispuesto en el artículo 253 en su nueva redacción y la interpretación de la doctrina y fallos mencionados, y el hijo póstumo se considerara extramatrimonial, frente al artículo 240 del Código Civil en su nueva redacción, que establece la equiparación de los derechos que acuerda la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, no encontramos el motivo por el cual puede establecerse diferencia alguna en materia de derechos sucesorios, no acordándole al hijo concebido *post mortem* estos derechos.

Y esto es así porque entendemos que la modificación del artículo 240 permite atenuar el rigorismo impuesto por el artículo 3290, que concede derechos sucesorios al hijo *post mortem*, porque en caso contrario se desvirtuarían los principios de equidad y justicia que inspiraron al legislador de la reforma en el sentido de establecer la igualdad entre los hijos nacidos bajo cualquier condición.

Ponencia

Consideramos viable la inseminación *post mortem* bajo las siguientes condiciones:

Inseminación homóloga (fecundación del óvulo de la esposa con semen de su marido fallecido): sólo en casos excepcionales, y realizada en plazo no superior a los noventa días del fallecimiento del donante.

La voluntad procreacional del dador debe ser una manifestación fehaciente del mismo, contenida en instrumento público, en consideración al interés público y de terceros protegidos.

La forma del instrumento: testamento por escritura pública. El testamento por escritura pública tiene caracteres que emanan de la propia ley, son equivalentes, son exclusivos, son autónomos y son perdurables. Es importante, además, por su inscripción en los registros de Actos de Última Voluntad, ya que los jueces obtendrán los datos precisos de la existencia del testamento, al iniciarse la sucesión.

Acordar a los hijos *post mortem* igualdad de derechos, incluso sucesorios, con respecto a los demás hijos del causante.

El organismo interviniente en la recepción y posterior inseminación de los gametos masculinos debe estar supervisado por la autoridad estatal. Es decir, el Estado debe intervenir para otorgar seguridad al proceso. Es obligatorio que gametos sobrantes, una vez realizada la fertilización, sean destruidos inmediatamente para evitar la inseminación heteróloga.

De lege lata: el art. 243 del Código Civil utiliza una ficción jurídica al presumir hijos del marido los nacidos hasta los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio. ¿Por qué no recurrir a otra ficción jurídica considerando concebido al hijo proyectado, cuando la voluntad procreacional ha

sido manifestada en forma indubitable, a través del testamento público? ¿En qué se vería lesionado el orden público que la norma (art. 3290 C. Civil) quiere tutelar en este caso? Mientras que existe otra norma suprema que sí se estaría violando, consagrada en la Constitución Nacional, artículo 19, que establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Ante el vacío legislativo, por vía jurisprudencial se pueden acordar derechos sucesorios al niño nacido por inseminación *post mortem*, interpretando el art. 3290 del Código Civil, a la luz de las modificaciones introducidas por la ley 23264, en sus artículos 240, 253 y 254.

De *lege ferenda*: agregar al Código Civil un nuevo artículo, el 3290 bis, del siguiente tenor: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, el hijo concebido *post mortem* tiene capacidad de suceder, siempre y cuando la voluntad procreacional del causante se encuentre fehacientemente comprobada en testamento por acto público y la viuda sea inseminada en un plazo no superior a los noventa días del fallecimiento del causante”.