

Título: Personas que pueden suceder al causante

Autor: Ferrer, Francisco A. M.

Publicado en: LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, I - LA LEY 2015-B, 660 - DFyP 2015 (abril), 06/04/2015, 91

Cita Online: AR/DOC/685/2015

Sumario: I. Introducción.— II. Capacidad para suceder.— III. Personas capaces.— IV. Fundaciones.— V. Personas nacidas después de la muerte del causante por técnicas de reproducción humana asistida.

El nuevo Código ha suprimido el principio general de capacidad para heredar del art. 3288, del Código de Vélez Sarsfield, y ha cambiado la terminología, pues sólo habla de personas que pueden suceder, aunque ello significa, en realidad, capacidad para suceder. Fue derogada la regla del art. 3286 del Código Civil según la cual la capacidad para suceder se rige por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del causante. Ahora la capacidad para suceder se rige por la ley del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, art. 2644.

I. Introducción

A partir del 1 de agosto del corriente año comenzará a regir Código Civil y Comercial, cuyo art. 2279, sobre las personas con capacidad sucesoria, dispone que son:

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 561;
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

En los párrafos que siguen nos extenderemos en un análisis abarcativo de los aspectos que comprenden el cambio normativo introducido sobre esta materia en la letra del nuevo Código.

II. Capacidad para suceder

Se la define como "la aptitud que posee aquel que tiene vocación y delación hereditarias para adquirir la herencia" (1).

No es lo mismo que la vocación sucesoria, que nace con la apertura de la sucesión, y consiste en el llamado genérico y eventual a recibir una herencia concreta a todos los que pueden suceder al causante, en virtud de un título habilitante fundado en la ley o en el testamento del causante.

Y también hay que distinguirla de la delación, la cual significa no sólo ser convocado a suceder eventualmente, como la vocación, sino en el ofrecimiento concreto de la herencia a los herederos que se encuentran en condiciones inmediatas de aceptarla o repudiarla, porque no los afecta la sanción de indignidad ni tienen herederos preferentes que los releguen. Es decir, la delación consiste en la atribución del derecho a aceptar o repudiar la herencia, denominado ius delationis o derecho de opción, y, por lo tanto, el derecho a convertirse ya en heredero mediante la aceptación.

La capacidad para heredar es el presupuesto para que funcione la vocación sucesoria y la delación.

Se trata de una capacidad de derecho, porque se refiere al goce o titularidad del derecho a heredar, que no hay que confundir con la capacidad requerida para aceptar o repudiar la herencia, que es capacidad de ejercicio, la capacidad de una persona para ejercer por sí misma los derechos de los cuales es titular. Toda persona, natural o jurídica, tiene capacidad para heredar, excepto disposición contraria de la ley. Obviamente las personas jurídicas carecen de vocación sucesoria legal, porque ésta deriva de los vínculos familiares, pero pueden suceder por disposición testamentaria.

El nuevo Código ha suprimido el principio general de capacidad para heredar del art. 3288 del Código de Vélez Sarsfield, y ha cambiado la terminología, pues solo habla de personas que pueden suceder, aunque ello significa, en realidad, capacidad para suceder. Fue derogada la regla del art. 3286 del Código Civil según la cual la

capacidad para suceder se rige por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del causante. Ahora la capacidad para suceder se rige por la ley domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, art. 2644.

Hay inhabilidades especiales para suceder por testamento establecidas en el art. 2482 CCC (tutores y curadores, escribanos y testigos, ministros de cualquier culto), pero no son incapacidades de derecho, sino prohibiciones legales tendientes a evitar la captación de la herencia por quienes pueden influir en la voluntad del testador aprovechando la posición preponderante que les confiere la función que ejercen, y cuya violación causa la nulidad de la cláusula. No son propiamente incapacidades relativas de derecho, desde el momento en que estas personas podrían heredar al causante si fuesen familiares en grado sucesible. Por ello, en rigor técnico, se trata de nulidad de la cláusula testamentaria que favorece a aquellas personas, y no de su incapacidad, para evitar la posibilidad de que puedan llegar a influir decisivamente sobre la voluntad del testador (2).

III. Personas capaces

De acuerdo a esta norma que comentamos, pueden suceder, esto es, tienen capacidad para suceder, las personas que existan a la fecha del fallecimiento del causante, o que estando concebidas en ese momento nazcan con vida (art. 21 CCC), como también las personas jurídicas existentes a dicho tiempo, siempre que estén autorizadas por el gobierno a esa fecha, y las fundaciones creadas por el testamento del de cuius.

IV. Fundaciones

Este último caso es excepcional: la persona jurídica no existe al momento de la muerte del testador, pero la ley permite que éste destine bienes para que se proceda después de su fallecimiento a la creación de una fundación. Igual que en el Código Civil (arts. 3290, 3733, 3735). Este tratamiento singular se explica porque las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas para hacer posible el cumplimiento de sus fines (art. 193 CCC).

Cuando el testador ha dispuesto la creación de una fundación, destinando bienes a tal efecto, incumbe al Ministerio Público asegurar la efectividad de su propósito, en forma coadyuvante con los herederos y el albacea testamentario, si lo hubiera (art. 219. CCC).

Si los herederos no se ponen de acuerdo entre sí o con el albacea para redactar el estatuto y el acto constitutivo, las diferencias deben ser resueltas por el juez de la sucesión, previa vista al Ministerio Público y a la autoridad de contralor (art. 220 CCC). A la autoridad administrativa de contralor de las fundaciones, sus atribuciones y facultades, refieren los arts. 221/223 del CCC.

V. Personas nacidas después de la muerte del causante por técnicas de reproducción humana asistida

Trascendente novedad constituye la inclusión como sucesibles de "las personas nacidas después de la muerte del causante por las técnicas de procreación médicamente asistida, con los requisitos previstos en el art. 561" (inc. c). Esta regla requiere aclaraciones y precisiones.

1. Proyecto de 2012 y modificaciones efectuadas. Entre las numerosas modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional y la Cámara de Senadores al Proyecto de 2012, se incluyen las de este inciso. En el Proyecto originario decía "Pueden suceder al causante.....c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida con los requisitos previstos en el art. 563". La remisión al art. 563 nos conducía a la técnica de filiación post mortem y a las condiciones de su aplicación, y además al comienzo de existencia de la persona humana según el art. 19, que también fue modificado.

El art. 563 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 (consentimiento informado) o en su 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".

El art.19 establecía: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

Las reformas fueron las siguientes:

Respecto del inc. c) art. 2279, sólo se modificó la remisión, que en vez del art. 563 ahora se remite al art. 561.

El art. 563 desapareció, con lo cual se suprimió la regulación de la filiación post mortem, y en su lugar se dispone: "La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción de nacimiento".

A su vez el art. 561 establece: "La instrumentación de dicho consentimiento (informado del art. 560) 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. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

El art. 19 quedó reducido, disponiendo solamente: "La existencia de las personas comienza con la concepción". Y nada más.

2. Filiación del hijo nacido con auxilio del tratamiento médico, respecto del progenitor fallecido: situación actual. En conclusión: con las reformas introducidas, 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.

En efecto: para que exista filiación y derecho sucesorio del hijo nacido con auxilio del tratamiento médico, respecto del progenitor fallecido, ambos usuarios de la técnica tienen que haber prestado y suscripto el consentimiento informado del art. 560, con las formalidades del art. 561, y además renovado ese consentimiento antes de proceder a la utilización de los gametos o de la implantación del embrión, puesto que puede ser libremente revocado (últimos párrafos de los arts. 560 y 561). O sea, la mujer tiene que haber sido fecundada, o el embrión tiene que haber sido implantado con el consentimiento renovado de ambos usuarios a la fecha de la muerte del esposo o conviviente de la mujer, para que la criatura nacida de este procedimiento tenga vínculo filiatorio y derecho hereditario con respecto a ambos progenitores y pueda suceder al fallecido, siempre que nazca con vida (art. 21, 562 y 2279, incisos a) y b). Por lo tanto, si el hombre falleció antes de renovar su consentimiento para la transferencia del embrión, el consentimiento inicial que prestó queda privado de efectos y la mujer impedida de obtener la implantación del embrión, que será descartado y destruido como una cosa inservible, o destinado a la investigación, privándolo de la posibilidad de continuar su desarrollo vital.

3. Dos situaciones distintas: inseminación artificial y transferencia de embrión. Dos situaciones distintas contemplan indiferenciadamente estas normas, y que, no obstante, resulta preciso distinguir: la utilización de gametos y la transferencia de embriones. Su tratamiento igualitario y conjunto significa que los equipara, como si ambos tuviesen la misma naturaleza biológica, o sea, como si se tratase en ambos casos de células humanas, disimulando y pretendiendo borrar la diferencia ontológica entre el caso: en los embriones ya existe el principio de una persona humana, que falta en los gametos. La equiparación del régimen jurídico se justificaba con el texto suprimido del art. 19: "En el caso de técnicas de reproducción humana asistida la concepción comienza con la implantación del embrión en la mujer", por lo cual el embrión *in vitro* no era persona, sino un simple conglomerado de células. Pero tal criterio ya no tiene fundamento con su actual redacción: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción". Es decir, al suprimirse aquel párrafo, el texto actual no determina en qué consiste la concepción, lo cual permite concluir que la concepción, de acuerdo a lo que entiende la doctrina predominante y tradicional argentina, se produce con la fusión del óvulo y el espermatozoide, sea que esta fusión se produzca *in vivo*, en el cuerpo de la madre, o *in vitro*. Por lo tanto el embrión no implantado es un ser humano concebido, al igual que el embrión concebido en el seno materno, y por ello no puede recibir el mismo tratamiento

jurídico que las células germinales, en las cuales todavía no hay vida humana.

De ahí la diferencia de situaciones: cuando fallece el hombre sin que se hayan utilizado todavía sus gametos, sólo quedan éstos congelados, en los cuales no existe vida humana. Por el contrario, si fallece después que los médicos especialistas han aplicado la técnica de la fecundación *in vitro* logrando la fusión del espermatozoide con el óvulo, y antes de la implantación en el útero de la mujer del embrión así formado, la situación es distinta: ya tenemos un nuevo ser humano, creado en la probeta de laboratorio, con su dotación genética apta para desarrollarse. En el primer caso la prohibición de utilizar los gametos de un hombre fallecido se explica porque significa programar *post mortem* la concepción de un niño huérfano de antemano; por el contrario, prohibir la transferencia e implantación de una criatura ya concebida *in vitro* en vida de su padre, es impedir arbitrariamente que este nuevo ser humano ya existente continúe su evolución y se desarrolle hasta nacer, respetando su derecho a la vida, su derecho a tener una filiación paterna y sus derechos patrimoniales, como el derecho de suceder a su progenitor, que es el tema que ahora nos interesa.

4. Doctrina que prescinde de la modificación del art. 19. No obstante la supresión en el art. 19 del párrafo relativo a que la concepción tiene lugar con la implantación del embrión en el útero de la mujer, se insiste en que tal criterio sigue vigente. Por lo tanto, los gametos y el embrión *in vitro* son la misma cosa: células humanas.

Este criterio conduce a que si el progenitor fallece antes de renovar su consentimiento para la utilización de su semen o para la transferencia e implantación del embrión ya concebido en vida de él, la esposa o conviviente superviviente no podrá hacerse fecundar ni tampoco lograr la implantación del embrión, no obstante que ambos integrantes de la pareja hubieran suscripto el consentimiento informado al iniciar el tratamiento (arts. 560 y 562 CCC).

Se funda esta postura hermenéutica en el significado de la palabra "concepción", en el contexto legal del Código Civil y Comercial, en la ley 26.862 sobre el acceso a las TRHA y en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso "Artavia Murillo" (3).

5. Inconsistencia de esta doctrina. La explicación del significado de la palabra "concepción" se basa en la doctrina de textos anglosajones, ajenos a nuestra idiosincrasia y tradición jurídica, que desde el Informe Warnock de 1984 (4) discriminaron al embrión en sus primeros catorce días, llamándolo "preembrión", sosteniendo que no es persona, sino sólo una sustancia celular, a los fines de poder destinarlo a la investigación y experimentación (5). Sin embargo, es significativa la opinión minoritaria en ese Informe, la cual sostuvo que "la respuesta a la cuestión acerca del estadio de desarrollo del embrión en el cual debe ser reconocido como persona, varía según las convicciones: algunos dicen al momento de la fecundación, otros en el del implante, y otros incluso en un momento sucesivo del desarrollo. Ni la ciencia, ni la filosofía ni la teología están en grado de suministrar una respuesta definitiva". No obstante, el criterio de que el embrión antes del implante no es persona se explica para satisfacer los intereses de las investigaciones biotecnológicas; y lo rechazan los miembros disidentes porque "la protección legal del embrión humano no depende del momento en el cual deviene persona, sino, de la condición especial que lo caracteriza con motivo de su propia capacidad de desarrollarse hasta el estadio en que cualquiera estaría dispuesto a reconocerle la condición de persona humana"; y "es por esto que, a nuestro juicio, es errado traer a la existencia una realidad capaz de devenir persona, y luego destruirla deliberadamente". Y "ya que el embrión tiene la capacidad de devenir persona, ni la cura de la infertilidad ni el progreso de la ciencia valen para justificar su destrucción deliberada" (6).

En efecto, desde el momento de la fecundación se forma un nuevo ser humano, con su identidad determinada por todo el patrimonio genético constituido por el aporte de los cromosomas paternos y maternos, teniendo ese nuevo ser una capacidad intrínseca para programar, desarrollarse y completar la formación de su propio organismo. Así lo reconoció la Academia Nacional de Medicina de nuestro país, en su declaración de septiembre de 1995, sosteniendo que se debe respetar el derecho a la vida del embrión.

El Código Civil y Comercial en ningún artículo determina cuándo se produce la concepción; y tampoco hay nada en la ley 26.862, que se ocupa sólo de garantizar el acceso integral a los tratamientos y aplicación de las TRHA, prescindiendo de la naturaleza, protección y destino de los embriones creados por la FIV y no utilizados.

En cuanto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica dictada el 28 de

noviembre de 2012. En el caso "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", tampoco implica la obligatoriedad de admitir el criterio de la implantación del embrión para considerarlo persona humana concebida. En este juicio los actores recurrían contra una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de aquel país que había declarado inconstitucional la ley que autorizaba la práctica de la técnica de la fecundación in vitro porque esta técnica provoca la pérdida de gran cantidad de embriones, atentando contra el derecho a la vida y la dignidad del ser humano, en cuanto se trata de seres humanos, por lo cual prohibió su aplicación. La Corte Internacional revocó la sentencia, y con diversos fundamentos autorizó la práctica de la FIV, entre otros considerando que el embrión no implantado no es persona, y que la concepción apenas tiene lugar con la implantación del embrión en el útero, por lo cual no le resulta aplicable el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (7); y que además la pérdida embrionaria se produce tanto en la FIV como en el embarazo natural, por lo cual no puede admitirse una protección absoluta del embrión y su derecho a la vida (8).

Se afirma que la conclusión de esta sentencia se debe respetar y cumplir en el país, porque es obligatoria para la Argentina, por lo cual aun cuando se haya suprimido el segundo párrafo del art. 19, incluso así, para el régimen jurídico argentino el embrión no implantado no es persona humana (9).

Pero lo exacto es que nuestro país no fue parte en ese juicio, por lo tanto la sentencia jurídicamente no es vinculante para la República Argentina porque el art. 68.1 de la misma Convención establece clara y expresamente que "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". No existe norma expresa en la Convención o en algún Reglamento o Estatuto de la Corte que otorgue efectos generales a sus fallos y disponga su obligatoriedad para los Estados que no fueron parte en la causa judicial, por más que sean partes ratificantes de la Convención (10).

Y además, la cuestión del comienzo de existencia de la persona y del momento en que se produce la concepción, fue un argumento corroborante vertido "obiter dictum", que no formó parte de la decisión, está desprovisto de fuerza obligatoria porque fue destinado a esclarecer la especie y guiar al juez, y, por lo tanto, no hace cosa juzgada.

Por otra parte, conviene destacar que la tendencia de las legislaciones más modernas que regulan la FIV es condicionar su aplicación a precisos requisitos para evitar los embriones supernumerarios y su destrucción, incorporando nuevas tecnologías como la vitrificación de los óvulos, o congelación ultra rápida, procedimiento previsto por el art. L 2141-1 del Código de la Salud Pública francés, texto según reforma de 2011 que privilegia tales tecnologías porque permiten disminuir y limitar el número de embriones conservados mediante congelamiento. El legislador tuvo principalmente en cuenta que las parejas usuarias de la FIV, en la mayoría de los casos, no pueden asumir la decisión de poner fin a la conservación de los embriones porque los consideran hermanos o hermanas potenciales de sus hijos ya nacidos (11). Igualmente la Constitución federal suiza establece que solo pueden fecundarse los óvulos que van a ser inmediatamente implantados (art. 119, párr. 2, c), y la ley de procreación médicamente asistida fija en tres los embriones que pueden ser desarrollados in vitro y luego transferidos al útero materno (art. 17, párr. 1, LPMA). Igualmente la ley alemana de 1990 de protección al embrión.

En consecuencia, siendo el embrión no implantado un ser humano concebido, al igual que el embrión en el seno materno, tiene derecho a la vida, a continuar su desarrollo y a nacer, por lo cual, por esta primordial consideración al nuevo ser, no se puede negar el derecho de la mujer a solicitar y lograr la transferencia e implantación del mismo, a fin de llevar adelante el embarazo y parto. Una vez nacido, tendrá filiación paterna y derecho sucesorio con relación al hombre del cual provino el elemento genético y que prestó el consentimiento informado a la aplicación de la técnica, por la sencilla razón de que ya estaba concebido al momento del fallecimiento de aquel.

Consideramos, por consiguiente, que la cuestión de la utilización de los gametos del hombre fallecido para la fecundación de su cónyuge o conviviente supérstite, ha de tener una solución jurídica distinta a la cuestión de la implantación del embrión con posterioridad a la muerte del hombre, en cuanto dicho embrión desde que se consuma la fecundación tiene individualizada su propia identidad humana, con la capacidad para desarrollarse de modo gradual y continuo, requiriendo de las condiciones adecuadas para tal evolución.

6. Utilización de gametos masculinos post mortem. Esta técnica post mortem de procreación asistida es, sin duda, de las más cuestionadas porque contempla exclusivamente el interés de los adultos en tener descendencia, siendo predominantemente descalificada por el motivo de que se crea un niño programado huérfano de antemano, imponiéndole un padre de ultratumba, lo cual constituye una aplicación desviada de la finalidad principal de las técnicas, que es terapéutica y encuadrada en el ámbito de la salud reproductiva como aplicación del derecho a la salud (12), porque esta técnica post mortem tiende a satisfacer un deseo egoísta del hombre que se quiere perpetuar, o de la mujer que quiere atenuar el sufrimiento de un duelo o revivir la imagen del marido o compañero desaparecido, y todo en perjuicio del interés del nacido de esta manipulación, por lo cual se considera que no resulta éticamente aceptable. Con esta práctica se olvida completamente la persona del niño y sus derechos, cuando una exigencia elemental de respeto por la vida de cada persona y el significado mismo de la generación, postulan que el centro del proceso generacional sea precisamente la persona del niño (13). Una visión exclusivamente técnica de la cuestión tiene precisamente el riesgo del olvido del centro de gravedad del sistema y que es ese niño que se quiere crear y la consideración de su conveniencia e interés. Por ello, resulta violatoria del art. 32.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática", porque al crear un hijo deliberadamente privado de padre, se le desconocen a priori sus derechos a nacer y desarrollarse en el seno de una familia constituida por la doble vertiente materna y paterna, a conocer a sus padres y ser criado por ellos, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, y, por consiguiente, se le niega la consideración primordial de su interés superior (Convención sobre los Derechos del Niño, preámbulo y arts. 3.1, 7.1 y 9.2).

En la legislación europea Gran Bretaña, España, Cataluña y Grecia la admiten. No obstante, la legislación inglesa, para evitar graves consecuencias psicológicas, sea sobre el hijo como sobre la madre, y posibles conflictos patrimoniales sucesorios que se pueden suscitar años después de la muerte del padre, priva a este procedimiento de todo efecto jurídico sucesorio (14), aunque permite que el hijo pueda registrarse en el Registro Civil como hijo del padre fallecido (Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act de 2003). En las restantes legislaciones europeas la aplicación post mortem de las técnicas procreativas está prohibida; y si no obstante se utiliza sus consecuencias se rigen por el derecho común. Así ocurre en el derecho francés: respecto a la filiación post mortem, como no está reglada la situación de los hijos nacidos de una técnica de procreación médicamente asistida no contemplada por la ley (15), se aplican las reglas del derecho común: si se prueba la existencia del vínculo biológico entre el niño y el hombre fallecido, cuyo semen se utilizó en la técnica procreativa y ha prestado su consentimiento para su aplicación, el juez habrá de declarar la filiación; pero no podrá heredar porque lo impide el art. 725 C.Civil francés, en razón de que no existía a la fecha de la muerte del causante (16). La misma solución, como dijimos, procede también en nuestro país.

La gran mayoría de los proyectos de ley argentinos sobre esta materia rechazan la técnica de la fecundación post mortem, al igual que la doctrina civilista predominante (17). El Proyecto de 2012 al autorizar esta técnica en el art. 563 se apartó de las valoraciones sociales prevalecientes en la sociedad argentina, y de la doctrina jurídica predominante, como también de la solución mayoritaria de la legislación comparada. Consideramos acertada, por consiguiente, la eliminación de dicha norma por el Senado.

No obstante, puede darse en la realidad de los hechos que una pareja se someta a la técnica de fecundación artificial, se extraiga y se reserva semen del marido o conviviente para su posterior utilización, previa suscripción del consentimiento informado que exige el art. 560, con las formalidades del 561. Pero antes de renovar el consentimiento para la utilización de los gametos (último párrafo del art. 560), fallece el hombre. Posteriormente la mujer reclama y obtiene que le entreguen el semen y se hace fecundar. También puede suceder que el hombre se someta a un tratamiento oncológico que lo puede privar de su capacidad procreativa, y preventivamente decide conservar semen suyo en un banco. Posteriormente fallece y la cónyuge o conviviente superviviente reclama la entrega del semen y se hace inseminar. Y lo podría hacer a los pocos días del deceso del hombre, a los varios meses o después del año de fallecido. Ninguna norma lo prohíbe.

El hijo nacido de este procedimiento no tendrá, en principio, filiación paterna ni derecho hereditario en relación al hombre del cual provino el elemento fecundante, pues así surge de los art. 562 CCC y 2279 inc. b),

CCC. Para establecer el vínculo jurídico de la filiación la madre, en representación de su hijo menor, o éste cuando llegue a la mayoría de edad, deberán entablar la acción de reclamación de la filiación contra los herederos del progenitor fallecido (art. 582 CCC). Pero todavía encontrarán el obstáculo de la prohibición del ejercicio de esta acción respecto de los hijos nacidos de estas técnicas (art. 577 y 582 último párrafo CCC). ¿Y en cuanto al derecho hereditario? Aún cuando eventualmente prospere la acción filiatoria, mediante la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas, y el juez declare que el accionante es hijo biológico del hombre que suministró el elemento genético, no lo podrá heredar porque se lo impedirá el art. 2279, incisos a) y b): el hijo no existía ni estaba concebido a la fecha de la muerte de aquel hombre. O sea, no existe la condición necesaria exigida por la ley para tener capacidad de heredar al causante.

7. Transferencia post mortem del embrión in vitro: en este caso el proyecto procreativo ha sido llevado a cabo conjuntamente por ambos cónyuges o integrantes de una pareja heterosexual de hecho, viviendo ambos, y han prestado el consentimiento informado para someterse a la técnica de la fecundación in vitro, han aportado sus gametos, se produjo la fecundación extrauterina del óvulo y el embrión se ha formado en probeta, pero fallece el hombre antes de renovar su consentimiento (art. 560, último párrafo) y de efectuarse la transferencia al útero materno. ¿Es lícito efectuar esa transferencia a petición de la mujer después del fallecimiento de su esposo o compañero, que no ha tenido tiempo de renovar su consentimiento para que aquella operación se concrete? Y en el supuesto de realizarse con éxito el implante ¿tendrá filiación paterna y vocación sucesoria el hijo que nazca respecto de su progenitor?

La consecuencia que se deriva del requisito de renovación del consentimiento del art. 560 del CCC (y de los arts. 560 y 563 del Proyecto de 2012), conduce a que si el marido o conviviente no renovó formalmente su consentimiento para la transferencia del embrión al útero de la mujer, antes de su fallecimiento, la implantación no se podrá efectuar, y si la mujer no obstante la concreta, el hijo que nazca no tendría filiación paterna ni capacidad para heredar. Desde luego que la madre en representación del hijo menor podría reclamar judicialmente contra los herederos de progenitor fallecido la filiación paterna, fundada en el principio de la verdad biológica, y con la prueba del ADN podría demostrarse el vínculo filial; pero aún así, declarada la filiación, no tendría derecho hereditario pues no habría estado concebido a la época del fallecimiento del causante (art. 2279, inc. b).

La solución explícita del Proyecto, como la interpretación que rechazamos de las normas finalmente sancionadas del Código Civil y Comercial, no es justa, ni valiosa, ni conforme con la doctrina jurídica y jurisprudencial ampliamente mayoritaria de nuestro país, de la cual se apartó.

Pues, en efecto, aunque con la técnica actual se posibilita que la concepción de la persona se pueda producir en una probeta de laboratorio, lo cierto es que la circunstancia de que el embrión se encuentre criopreservado, no implantado, no le quita su condición humana. Cualquiera sea la forma en que hubiere sido concebido, con la técnica médica en laboratorio o naturalmente en el seno materno, en ambos casos, y aunque se encuentren ubicados en distintos ámbitos, ontológica y biológicamente son iguales, son seres humanos, pues cuentan con la dotación genética propia que los torna únicos e irrepetibles y aptos para desarrollarse hasta su nacimiento, y continuar luego la evolución característica de la persona humana, sin que haya diferencias en su naturaleza, sea que se encuentren in vitro o in utero. Por ello ambos deben regirse por el mismo estatuto legal, y gozan de los mismos derechos, personalísimos y patrimoniales (derecho a nacer, a la vida, a la dignidad, a la identidad, a la igualdad, a la filiación paterna, a heredar y a recibir liberalidades) (18).

Si bien es exacto que el momento en que se produce la concepción es una cuestión que genera opiniones discordantes en el ámbito científico y jurídico, porque algunos entienden que el comienzo de la existencia de las personas sólo tiene inicio con la aparición de la actividad nerviosa registrable, o cuando se transfiere e implanta el embrión, porque recién en el seno materno goza de las condiciones necesarias para desarrollarse (19), lo cierto es que importantes y reconocidos biólogos sostienen que la fusión del espermatozoide con el óvulo da origen a un organismo humano distinto, el cigoto, con el patrimonio genético propio de una persona para evolucionar hasta su nacimiento (20).

Las dudas que provoca el estatuto biológico y jurídico del embrión concebido in vitro, compleja cuestión que la técnica de la FIV ha puesto evidencia, se resuelven jurídicamente y con justicia de la forma más favorable a la existencia de la persona y a su protección, en virtud del principio pro homine. Corresponde, por consiguiente,

hacer la elección que mejor garantice sus derechos fundamentales: su derecho a la vida y a la dignidad humana, antes o después de su nacimiento. Es el mismo principio que informa la regla de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, según la cual se le da prioridad a la norma más favorable a la persona y sus derechos esenciales (21).

En consecuencia, de producirse el fallecimiento del marido o compañero, sostenemos que la madre debe tener derecho a obtener la implantación sin necesidad de que el causante haya dejado escrita formalmente la renovación de su consentimiento, pues el proyecto parental fue llevado a cabo en vida de los dos integrantes de la pareja y con el consentimiento informado de ambos, por lo cual cabe presumir la conformidad del hombre para la transferencia post mortem. Y además, estando ya concebido el embrión al momento de fallecer su progenitor, juega su derecho a la vida, es decir, a continuar el curso de su desarrollo y a nacer. Y si nace con vida, tendrá filiación paterna (art. 570) y heredará a su padre, o sea al hombre del cual provino el elemento genético y que suscribió el consentimiento informado, cualquiera sea la época en que se haya transferido e implantado en el útero de la mujer, pues el Código Civil y Comercial ya no contiene la norma del Proyecto de 2012 que fijaba el plazo de un año desde el fallecimiento para que la mujer concretara la implantación (art. 563 inc. b).

De lo contrario, si no se admite esta solución, y el hombre fallece sin haber renovado el consentimiento para la transferencia del embrión, y se niega la petición de la madre de realizarla, se producirá una consecuencia altamente disvaliosa: aquel deberá desecharse o dedicarse a la investigación, pues el Proyecto no prevé la adopción prenatal, como desde antiguo lo viene reclamando la doctrina.

En España la nueva ley sobre técnicas de reproducción humana asistida n° 14 de 2006, en su art. 9, contempla esta cuestión y razonablemente establece que se presume el consentimiento del marido o del conviviente, cuando con anterioridad a su fallecimiento ya se hubiesen constituido los preembriones destinados a su transferencia a la esposa o compañera, quien por consiguiente podrá proceder a la implantación de los mismos.

La ley italiana sobre procreación asistida de febrero de 2004 no ha contemplado explícitamente este supuesto. No obstante, podemos citar un precedente judicial, en el cual, acertadamente a nuestro criterio, el Tribunal de Palermo (Italia) dispuso la transferencia de los embriones a la viuda que reclamaba el implante, en fallo del 8/1/1999, reconociendo el derecho a la vida del nasciturus y la necesidad de proteger también la integridad psicofísica de la madre, en virtud de lo cual ordenó al centro médico proceder al implante. La doctrina jurídica italiana aprobó esta solución, reconociendo la filiación legítima del hijo y su capacidad para heredar (22).

8. Situaciones no previstas. Otra cuestión que no ha previsto el Proyecto es el fallecimiento de la madre antes de la transferencia. Ante el silencio legal, el padre tendría varias opciones:

a) Si quiere tener el hijo y continuar el procedimiento no tiene otra vía que recurrir a una madre sustituta que lleve adelante el embarazo y parto, previa prestación formal de su consentimiento informado (arts. 560 y 561). Ahora bien, esta solución no prevista, ni tampoco prohibida, plantea una duda: ¿a quien tendrá por madre el hijo así nacido en este caso: a la mujer que aportó el material genético para crear el embrión con voluntad procreacional y que después falleció, o a la que se implantó el embrión y llevó adelante el embarazo y parto?. No estando previsto el caso, puede dar lugar a dos interpretaciones divergentes: por un lado, podría aplicarse la solución derivada del art. 562 del Código Civil y Comercial: "los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz" (art. 562), o sea la maternidad se adjudicará a la mujer que tuvo el parto, aunque no haya sido quien aportó el elemento genético, pues así lo dispone expresamente el último párrafo de esta norma: es madre quien dio a luz "con independencia de quien haya aportado los gametos". De lo contrario la voluntad procreacional tendría un efecto post mortem no previsto por la ley. Pero por otra parte, habiendo prestado en vida la mujer fallecida el consentimiento libre, previo e informado para someterse a la técnica, cabría presumir su voluntad procreacional con respecto al embrión creado con su aporte genético, y una vez que éste nazca con vida, adjudicarle su maternidad, y por ende derecho sucesorio. Se trataría de un supuesto excepcional de gestación por sustitución no previsto por la ley, que habría que resolver con criterio de equidad y con fundamento en el derecho del embrión a la vida, a continuar su desarrollo y a nacer, a tener filiación materna y derecho sucesorio con relación a su madre biológica que además tuvo voluntad procreacional. Esta última interpretación nos parece más justa desde la perspectiva del hijo procreado con el auxilio de la fecundación in vitro.

b) Podrá autorizar a la clínica a que entregue el embrión en adopción prenatal a una pareja que tenga interés en procrearlo, tampoco legislada en este momento, no obstante los numerosos precedentes de la legislación comparada que al parecer no se han tenido en cuenta. Y,

c) Autorizar el uso del embrión para la investigación, o disponer su destrucción, solución jurídica y éticamente negativa, pero ante el silencio de la ley es factible.

(1) PEREZ LASALA, José L., "Tratado de sucesiones", Rubinzal Culzoni Editores, S.Fe-Bs.As., 2014, t. I, n° 238 y 239.

(2) FORNIELES, Salvador: Tratado de las sucesiones, 4ta. ed., Ediar, Bs.As., 1958, t. I, n° 64; BORDA, Guillermo A.: Trat. de der. civil. Sucesiones, La Ley, BsAs, 2008, t. I, n° 68, 69 y 71-c); MAFFIA, Jorge O.: Tratado de la sucesiones, actualizado por L.B. Hernández y L.A. Ugarte, Abeledo Perrot, Bs.As., 2010, t. I, n° 108-c). En sentido similar, sosteniendo que son limitaciones de la vocación testamentaria y cuya violación da lugar a la nulidad de la disposición testamentaria, CORDOBA-LEVY-SOLARI-WAGMAISTER: Derecho sucesorio, Ed. Universidad, Bs.As., 1991, t. I, p.85, y t. III, p.74; y Jorge O. AZPIRI Derecho sucesorio, 4ta. ed., Hammurabi, Bs.As., 2006, p. 143/144. Para otros se trataría de incapacidades de derecho relativas, ZANNONI, Eduardo A.: Derecho de las sucesiones, Astrea, Bs.As., 2008, t. 2, parág. 120, 122 y 123; PEREZ LASALA, José L.: Tratado de sucesiones, Rubinzal Culzoni Editores, S.Fe-Bs.As., 2014, t. I, n° 240-b, t. II, n° 938; PERRINO, Jorge O.: Derecho de la sucesiones, Abeledo Perrot, Bs.As., 2011, t. I, n° 178.

(3) HERRERA, Marisa, en la obra "KEMEMAJER DE CARLUCCI-HERRERA-LLOVERAS, Tratado de derecho de familia según el nuevo Código Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni Editores, Sta.Fe-Bs.As., 2014, t. II, págs. 428 y sgtes.

(4) El Warnock Report es el informe final de la Comisión designada por el Gobierno Británico y presidida por la profesora Mary Warnock, para estudiar dos temas: la investigación biomédica en el campo embriológico y genético, y la fecundación artificial. La Comisión fue multidisciplinaria, estuvo compuesta por 19 miembros, expertos en varias materias (medicina, psicología, sociología, derecho), trabajó durante dos años y después de un amplio debate, produjo un informe que por su prolijidad en el tratamiento de los temas suscitó un notorio interés en los restantes países europeos. El texto íntegro del Informe Warnock (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology) está publicado (traducido al italiano) en la revista *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milano, 1986, págs. 1278 y sgtes. El término "preembrión" fue propuesto por la genetista inglesa A. Mc Laren en el seno de la Comisión Warnock.

(5) En Gran Bretaña está permitida la creación de embriones para congelarlos antes de los catorce días y destinarlos a la investigación y a la producción de material biológico terapéutico, como también para su clonación con fines terapéuticos (leyes de 1990 —Human Fertilisation and Embryology Act—, y de 2001 —Human Reproductive Cloning Act).

(6) Informe Warnock, revista *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milano, 1986, págs. 1346/1347.

(7) "Art. 4. Derecho a la vida. 1: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

(8) Ver un análisis crítico de la sentencia en HERRERA, Daniel A.-LAFFERRIERE, Jorge N.: ¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida, *La Ley* 2013-B-415.

(9) HERRERA, Marisa: en LORENZETTI, Ricardo L. (Director): Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni Editores, S.Fe-Bs.As., 2014, t. I, coment. art. 19, p. 87, 96/99; y en la obra "KEMEMAJER DE CARLUCCI-HERRERA-LLOVERAS: Tratado de derecho de familia según el nuevo Código Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe-Bs.As., 2014, t. II, págs. 437 y sgtes; HITTERS, Juan C.: Un avance en el control de convencionalidad, *La Ley* 2013-C-998.

(10) De acuerdo: Cám. Fed. de Salta, 8/7/13, *La Ley* 2013-D-599; REVIRIEGO, Nicolás: en RIVERA-MEDINA: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, *La Ley*, Bs.As., 2014, t. I, coment. art.

19, pág 120/123.

(11) BINET, Jean René: La réforme de la loi bioéthique, Lexis Nexis, París, 2012, p. 71/72. La Constitución Federal suiza dispone que solo se puede fecundar el número de óvulos que van a ser inmediatamente implantados (art. 119, 2º párr, inc. c), y la ley de procreación médicamente asistida limita a tres el número máximo de embriones que pueden ser desarrollados in vitro (art. 17, 1º párr). La reforma francesa de 2011 expresó la tendencia a limitar el recurso a esta técnica, pues también dispone el art. L. 2141-3, 2º párr, Código de la Salud Pública, que el número de embriones destinados a ser conservado está limitado a lo que sea estrictamente necesario para el éxito del tratamiento (TERRE, F.-FENOUILLET, D.: Droit Civil. La famille, 8me. éd, Dalloz, París, 2011).

(12) GARCIA RUIZ, Yolanda: Reproducción humana asistida, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 247.

(13) ARAMINI, Michele: Introduzione alla bioética, Giuffré Editore, Milano, 2009, p.259.

(14) Lo recomendaba el Informe Warnock, cap. IV, parágrafo 4.4 y cap. X, parágrafo 10.9, publicado en la revista Il Diritto di Famiglia e delle Persone, Milano, 1986, págs. 1291/1292 y 1319.

(15) El Código de la Salud Pública francés exige expresamente que ambos usuarios de las técnicas de procreación asistida deben estar vivos, en edad de procrear y consentir previamente la transferencia de embrión o la inseminación artificial, estableciendo a la vez que las técnicas procreativas solo tienen por objeto remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja, de una enfermedad de particular gravedad, dispone la misma norma (art. L-2142-2).

(16) COURBE, Patrick: Droit de la famille, Armand Colin, París, 4me. ed., 2005, n° 943.

(17) Sobre fecundación post mortem, véase la obra de MENDEZ COSTA-FERRER-D'ANTONIO: Derecho de Familia, Rubinzal Culzoni Editores, S.Fe-Bs.As., 2008, t. IV, p. 107 y ss., y sus referencias. Asimismo, FERRER, Francisco A.M.: La función del derecho, las técnicas de procreación post mortem y el derecho sucesorio, J.A. 2004-II-1147. Además, BORDA, Guillermo A.: Trat. de der. civil. Sucesiones, 9na. ed., La Ley, Bs.As., 2008, t. I, n° 71-a), p. 70.

(18) Ver las extensas referencias en la obra MENDEZ COSTA-FERRER-D'ANTONIO : Derecho de Familia, ed. Rubinzal Culzoni, Sta.Fe.Bs.As., 2008, t. IV, p. 63 y sgtes. Además, CNCiv Sala J, 13/9/13, La Ley 2011-E-435; Cám. Fed. de Salta, 3/9/2010, J.A. 2010-IV-571; Exposición de la Federación Argentina de Colegios de Abogados ante la Comisión Bicameral para la reforma y actualización de los Códigos Civil y Comercial, presentada el 24/8/2012, párrafo C-6 ; BORDA, Guillermo A.: Trat. de der. civil. Sucesiones, 9na. ed., La Ley, Bs.As., 2008, t. I, n° 71-a); SAMBRIZZI, Eduardo A. : Situación de los embriones criopreservados obtenidos antes de la eventual entrada en vigencia del proyecto de reformas al Código Civil, Rev. Der. De Familia y las Personas, septiembre 2012, p. 145 y sgtes. ; TOBIAS, José W. : La persona humana en el Proyecto, La Ley 2012-D-743 ; PALMERO, Juan Carlos : Nuevas fronteras de la definición histórica de las personas físicas del art. 51 del Cód. Civil, Rev. Der. De Familia y las Personas, junio de 2011, p. 159 y sgtes ; RINESSI, A.J.-REY, R.N. : El comienzo de la persona humana, La Ley 2013-C-664 ; LAFERRIERE, Jorge N. : Invisibilizar al embrión ante los intereses biotecnológicos, La Ley 2013-A-912; RABINOVICH-BERKAMN, Ricardo D. : La tutela de los embriones congelados, La Ley 2005-E-1153.

(19) LAIN ENTRALGO, Pedro, El cuerpo humano. Teoría actual, Espasa Calpe, Madrid, 1989; ALONSO BEDATE, El cigoto ¿es o no una persona?, Labor Hospitalaria, Madrid, 1990, N° 217, ps. 231 y ss., y Reflexiones sobre cuestiones de vida o muerte, en AA. VV., La vida humana: origen y desarrollo, Universidad Pontificia Comillas, Madrid-Instituto Borja de Bioética, Barcelona, 1989, ps. 57 y ss.; LACADENA, Juan R., "Status" del embrión previo a su implantación, en AA. VV., La vida humana: origen y desarrollo cit., ps. 35 y ss., etc. En esta línea, también ROMEO CASABONA, Genética y Derecho, Astrea, Bs.As., 2003, N° 66-c, aunque aclara, no obstante, que el Derecho debe asegurar algún medio de protección a esa forma de vida humana que es el embrión in vitro (p. 192). En la doctrina jurídica argentina: KEMELMAJER DE CARLUCCIA.-HERRERA, M.-LAMM, E.: El embrión no implantado. Proyecto de Código Unificado, La Ley 2012-D-925; y El embrión implantado y su total consonancia con la CIDH, La Ley 2013-A-907; BERGEL, Salvador D.: El proyectado art. 19 del Código Civil, Comienzo de la existencia de la persona humana, La Ley

2012-E-1350; MINYERSKY-N-FLAH, L.R.: El embrión, el feto y la vida humana, La Ley 2011-E-2011.

(20) LEJEUNE, Jérôme, ¿Qué es el embrión humano?, Rialp, Madrid, 1993; TESTART, Jacques, L'uf transparent, Flammarion, Paris, 1986; ZATTI, Mario, La prospettiva del biologo, en la obra de AA. VV., Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana, Cedam, Padova, 1987, ps. 180 y ss.; SERRA, Angelo, El embrión humano, ciencia y medicina. En torno a un reciente documento, en la obra de AA. VV., La vida humana: origen y desarrollo, Universidad Pontificia Comillas, Instituto Borja de Bioética, Madrid, 1989, ps. 41 y ss.; ROSTAND, Jean, El hombre, trad. de A. Maravall, Alianza Editorial, Madrid, 1968; etc. En este sentido, cabe computar también conclusión de la convención de expertos italianos en embriología: "Dall oocita alla blastocista: il passaggio generazionale nell'uomo, 28/9/04, en FLAMIGNI, Carlo: La questione dell'embrione, B.C. Dalai Editore, Milano 2010, p. 107/109.

(21) Cám. Fed. de Salta, 3/9/2010, J.A. 2010-IV-568, con nota aprobatoria de Eduardo A. SAMBRIZZI; ANDORNO, Roberto: La bioethique et la dignité de la personne, PUF, Paris, 1997, págs. 68/69 y 84; D'AGOSTINO, F.: Bioetica, nella prospettiva della filosofia del diritto, G. Giappichelli, Torino, 1996, pág. 142, Informe sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro, del Parlamento Europeo, Estrasburgo, 1989; FERRER, Francisco A.M.: Identidad y fecundación asistida, Libro de Ponencias, Congreso Internacional La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Univ. Nac. del Litoral, Sta. Fe, 1996, págs. 211/212; KOHLER-VADAUX, Maryam: Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître, Schulthess, Genève-Zurich, 2006, p. 205.

(22) Texto completo de la sentencia en la revista Diritto di famiglia e delle persone, Milano, 1999-231, y en el apéndice de la obra de CASSANO, Giuseppe: Le nuove frontiere del diritto di famiglia, Giuffrè, Milano, 2000, págs. 187 y sgtes., quien aprueba la solución, págs. 184/185; igualmente FERRANDO, Gilda: Libertà, responsabilità e procreazione, CEDAM, Padova, 1999, págs 434/436; CASINI, C.-CASINI, M.-DI PIETRO, M.L.: La legge 19/2/04 n° 40: norme in materia di procreazione medicalmente assistita, G. Giappichelli Ed., Torino, 2004, p. 108/109 y nota 45. En el mismo sentido de la doctrina del fallo se había manifestado con anterioridad: GRASSI, Silverio: I nascituri concepiti e i concepiti artificiali, G. Giappichelli Ed., Torino, 1995, n° 61; MILAN, Giandomenico: Aspetti giuridici della procreazione assistita, CEDAM, Padova, 1997, págs. 203 y sgtes, quien además sostiene el carácter legítimo de la filiación del hijo y su capacidad para heredar.