

TRANSFERENCIA DE EMBRIONES *POST MORTEM*:  
¿DÓNDE ESTAMOS PARADOS?

POR PILAR QUIÑO A (\*)

**Resumen**

*Detrás del entramado de normas confusas en torno a la transferencia embrionaria post mortem subyace la inexistencia de una regulación clara respecto a la protección de los embriones criopreservados. El ordenamiento jurídico argentino reconoce la personalidad de todo ser humano desde la concepción. Se impone la urgente necesidad de regular adecuadamente la especial situación de los concebidos in vitro.*

**Palabras clave**

*Crioconservación de embriones, transferencia embrionaria post mortem, técnicas de reproducción humana asistida, filiación post mortem, concepción.*

*POST-MORTEM EMBRYO TRANSFER: WHERE DO WE STAND?*

**Abstract**

*Behind the confusing legal framework surrounding post-mortem embryo transfer lies the lack of clear regulation regarding the protection of cryopreserved embryos. The Argentine legal system recognizes the personality of every human being from conception. There is an urgent need to adequately regulate the special situation of those conceived in vitro.*

**Keywords**

*Embryo cryopreservation, post-mortem embryo transfer, assisted human reproduction techniques, post-mortem filiation, conception.*

(\*) Abogada (Universidad Austral), magíster en Derecho (University of Illinois). Profesora de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

## I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial reconoce las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) como fuente de filiación. Con anterioridad a la entrada en vigencia del código <sup>1</sup>, el acceso y la cobertura de dichos tratamientos ya habían sido regulados por la ley 26.862 <sup>2</sup>.

A pesar de que ninguna de las normas mencionadas regula las TRHA en sí mismas <sup>3</sup>, el Código Civil y Comercial establece que quienes acceden a dichas técnicas deben prestar su consentimiento al comenzar el tratamiento de reproducción asistida, y renovarlo cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones <sup>4</sup>. Asimismo, ambas normas establecen que el consentimiento es libremente revocable hasta el momento de la implantación del embrión en la mujer <sup>5</sup>.

Sin perjuicio de las objeciones que nos merecen varios aspectos de las TRHA, incluyendo el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente de filiación autónoma <sup>6</sup>, el objeto del presente trabajo se circunscribe a analizar la situación jurídica actual de la transferencia embrionaria *post mortem* <sup>7</sup>. ¿Qué respuesta brinda nuestro ordenamiento jurídico en los casos en los que uno de

<sup>1</sup> Fecha de entrada en vigencia: /08/2015, conf. art. 7, ley 26.994.

<sup>2</sup> Ley 26.862, “Reproducción médicamente asistida. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, sancionada el 05/06/2013 y promulgada de hecho el 26/06/2013.

<sup>3</sup> Cfr. Lafferriere, Jorge Nicolás, “La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial”, LA LEY 2018-C, 599.

<sup>4</sup> Cód. Civ. y Com., art. 560.

<sup>5</sup> Al respecto, el Cód. Civ. y Com., faculta a quienes acceden a este tipo de tratamientos a revocar el consentimiento “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión” (art. 651), mientras que la ley 26.862 se centra únicamente en la implantación embrionaria, al establecer que “el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

<sup>6</sup> La Dra. Basset analiza con detenimiento las críticas que merece la regulación de la filiación por TRHA contenida en el Código Civil y Comercial, que pretende basar el vínculo filial en la voluntad procreacional. Sobre esta cuestión, Basset señala que “el consentimiento no es — en la mayoría de los casos— la causa fuente exclusiva de la filiación, sino su causa concurrente o determinante” (Basset, Úrsula C., “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-D, 663, AR/DOC/2099/2015).

<sup>7</sup> Al hablar sobre transferencia embrionaria *post mortem*, nos referimos a aquellas situaciones en las cuales los pretendidos progenitores prestaron su consentimiento inicial para acceder a las TRHA, y se avanzó con el procedimiento hasta el punto tal de haberse fecundado los gametos y generado uno o más embriones en vida de ambos progenitores, pero uno de ellos fallece antes de que dicho embrión sea implantado en el útero de la mujer. Cabe señalar que, al hablar genéricamente sobre “filiación *post mortem*” en el campo de las TRHA, la doctrina habitualmente distingue tres situaciones que pueden plantearse, a saber: (i) que una vez producida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el superviviente solicite la extracción de gametos del cadáver para luego acceder a las TRHA; (ii) que, en el momento del fallecimiento ya se encuentren criopreservados los gametos del difunto o de ambos miembros de la pareja, y el superviviente pretenda avanzar con la fecundación; y (iii) que el superviviente pretenda avanzar con la implantación de un embrión que, en el momento del fallecimiento, ya se encontraba criopreservado. Este último es el caso que aquí

los progenitores fallece antes de otorgar el consentimiento para implantar el embrión crioconservado?

La respuesta al interrogante planteado no es sencilla. Nuestra legislación conduce a varios callejones sin salida. El mero hecho de que la respuesta sea difícil de esbozar nos permite arribar a una conclusión, que aquí adelantamos: el ordenamiento jurídico argentino no brinda una solución clara a la problemática de la transferencia embrionaria *post mortem*.

## II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA FILIACIÓN *POST MORTEM* NO ESTÁ REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Teniendo en miras que el objeto del presente trabajo es analizar qué respuestas brinda nuestro ordenamiento jurídico a la transferencia embrionaria *post mortem*, corresponde en primer lugar preguntarse si existe en nuestra legislación una norma que reconozca expresamente esta situación.

El art. 563 del anteproyecto del Cód. Civ. y Com. establecía como regla general que, “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”. Sin perjuicio de ello, a reglón seguido consagraba como excepción el reconocimiento de la filiación entre el hijo nacido por TRHA y el progenitor premuerto en los casos en los que se cumplieran conjuntamente los siguientes requisitos: (a) que el fallecido hubiera prestado consentimiento expreso e informado <sup>8</sup> al momento de acceder a las TRHA o por testamento para que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, y (b) que la concepción en la mujer o la implantación del embrión se produjera dentro del año siguiente al fallecimiento.

La redacción del artículo era confusa. En primer lugar, no quedaba claro si se podía acceder a la fecundación de los gametos con posterioridad a la muerte, o si solamente se autorizaba la transferencia de embriones que se encontraran crioconservados con anterioridad al fallecimiento <sup>9</sup>. Ello así ya que el primer requisito de la excepción contenida en el artículo 563 refería a “los embriones producidos con sus gametos”, sin especificar en qué momento debía efectuar-

nos ocupa (Cfr. Famá, María Victoria, “La filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida”, SJA 05/02/2014).

<sup>8</sup> Cfr. Bedrossian, Gabriel, “Fertilización *post mortem*: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo”, en Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, junio 2020.

<sup>9</sup> Cfr. Basset, Úrsula C., “Relaciones de familia” en Alterini, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. III, ps. 494-496.

se esa “producción”<sup>10</sup>. En segundo lugar, del análisis del segundo requisito a la excepción parecía desprenderse que el anteproyecto pretendía reconocer la filiación del hijo nacido por TRHA respecto al progenitor premuerto tanto en los casos de transferencia embrionaria como en los de inseminación artificial *post mortem*, ya que hablaba de “concepción en la mujer o la implantación del embrión”.

Sin embargo, al tratarse el proyecto en el Senado de la Nación, se resolvió suprimir dicho artículo, por lo que el Código Civil y Comercial finalmente sancionado no contiene norma alguna que expresamente reconozca la filiación ni avale la transferencia embrionaria *post mortem*.

### III. LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA CAPACIDAD PARA SUCEDER

El anteproyecto del Código Civil y Comercial también contenía un artículo que expresamente reconocía la capacidad para suceder de las personas nacidas después de la muerte del causante mediante TRHA, siempre que mediaran los requisitos previstos en el artículo 563, anteriormente mencionados<sup>11</sup>.

Así, el hijo nacido por TRHA era considerado por el anteproyecto como persona capaz para suceder cuando hubiera mediado consentimiento expreso del causante, otorgado al momento de acceder al tratamiento médico o por testamento, para que el niño nacido con posterioridad a su muerte sea reconocido como hijo suyo, y siempre que la concepción o la implantación se hubiera producido en el término de un año desde la fecha de fallecimiento del causante.

Ahora bien, como fue indicado en el apartado anterior, el art. 563 sobre filiación *post mortem* fue suprimido del texto final del código. Lo llamativo es, sin embargo, que el inciso c) del art. 2279 se mantuvo, con una única modificación: se reemplazó la remisión al artículo 563 por una remisión al art. 561<sup>12</sup>, que establece las formalidades que debe tener el consentimiento, y aclara que este es revocable “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

¿Podemos afirmar, entonces, que el art. 2279 reconoce tácitamente la transferencia embrionaria y la filiación *post mortem*?

<sup>10</sup> Consideramos que el término “producción” es poco feliz, pues cosifica al embrión criopreservado. Más adelante ahondaremos sobre el estatus jurídico del embrión crioconservado.

<sup>11</sup> El art. 2279 del anteproyecto establecía: “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”.

<sup>12</sup> El art. 561 del Cód. Civ. y Com. Dispone: “La instrumentación de dicho consentimiento [se refiere al consentimiento para someterse a las TRHA] 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”.

*Coincidimos con parte de la doctrina*<sup>13</sup> en cuanto a que un análisis armónico de todas las disposiciones del Cód. Civ. y Com. en materia de filiación por TRHA permite concluir que el art. 2279 dejó más interrogantes que respuestas.

En primer lugar, cabe resaltar que el código dispone que el consentimiento debe renovarse cada vez que se utilizan gametos o embriones. Esto implica que, para que medie filiación y, en consecuencia, se reconozcan derechos sucesorios al hijo nacido por TRHA, el causante debe haber prestado su consentimiento para que se utilicen sus gametos o para que se transfieran los embriones previamente generados con sus gametos. Sin embargo, se advierte que, evidentemente, la muerte de una persona imposibilita que esta renueve el consentimiento<sup>14</sup>. Y se eliminó el art. 563, que expresamente admitía la posibilidad de brindar ese consentimiento de antemano. Es decir, el Código no explica cómo podría otorgarse el segundo consentimiento que dé lugar a una filiación *post mortem*.

En segundo lugar, el art. 2279 remite al art. 561, que expresamente faculta a quien se somete a las TRHA a revocar su consentimiento hasta tanto no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Sin embargo, la persona fallecida no tendrá la posibilidad de revocar su consentimiento, lo que da lugar a serias dudas respecto al alcance de la remisión del art. 2279.

Pareciera que el reconocimiento de la capacidad para suceder en los términos del art. 2279, inc. c) conduce a otro callejón sin salida.

#### IV. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL, ¿PIEDRA FUNDAMENTAL?

A la confusión que genera el art. 2279 y su remisión al art. 561 debe sumarse el análisis sobre el rol fundamental que el código aparentemente otorga a la voluntad procreacional.

El art. 562 del Cód. Civ. y Com. dispone que el niño nacido a través de TRHA es hijo de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también prestaron su consentimiento para someterse al tratamiento, con independencia de quién haya aportado los gametos. Se evidencia de este modo que la manifestación del consentimiento es el “eje central y fundante para la determinación de la filiación”<sup>15</sup> por TRHA.

Tal relevancia tiene la voluntad procreacional en los casos de TRHA que el Código dispone que el consentimiento debe otorgarse al comenzar al tra-

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, Ferrer, Francisco A. M., “Personas que pueden suceder al causante”, La Ley, 2015-B, p. 660 LA LEY 13/03/2015, 1, LA LEY 2015-B, 66, AR/DOC/685/2015 y Perrino, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, act. por Basset, Úrsula (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed., t. III, p. 2531.

<sup>14</sup> Cfr. Lafferrière, Jorge Nicolás, ob. cit., y FERRER, Francisco A. M., «La fecundación post mortem», LA LEY 2018-E, 1034, AR/DOC/2042/2018.

<sup>15</sup> Perrino, Jorge Oscar, ob. cit., p. 2482.

tamiento de reproducción asistida y debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Asimismo, se establece que quienes otorgan dicho consentimiento pueden revocarlo libremente “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”<sup>16</sup>.

Por otro lado, el art. 561 establece que el consentimiento previo, informado y libre debe instrumentarse, e incluso protocolizarse ante escribano público o certificarse ante la autoridad sanitaria correspondiente.

A mayor abundamiento, el art. 55 dispone que “el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos (...) no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. La decisión respecto al sometimiento a una TRHA constituye un acto personalísimo, y, por ende, resulta de aplicación el artículo citado <sup>17</sup>.

El análisis de todas las normas señaladas nos permite arribar a una primera conclusión: el consentimiento debe ser expreso, formal, interpretado de forma restrictiva y otorgado personalmente por la persona que se somete a las TRHA al iniciar el tratamiento y al utilizar los gametos o embriones criopreservados <sup>18</sup>.

A pesar de ello, parte de la doctrina y de la jurisprudencia han sido proclives a flexibilizar las características del consentimiento precedentemente señaladas.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que, en un caso en el cual un hombre había otorgado el primer consentimiento para acceder a las TRHA, pero que había fallecido antes de otorgar el segundo consentimiento, correspondía igualmente hacer lugar a la solicitud de la mujer de implantar los embriones criopreservados, ya que, analizando los actos llevados a cabo por el hombre antes de su fallecimiento, no existían dudas de su voluntad procreacional <sup>19</sup>.

Siguiendo un razonamiento similar, algunos autores consideran que el consentimiento para continuar con una TRHA, en los casos de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, puede ser implícito, sosteniendo que “debe habilitarse esta modalidad de consentimiento cuando se trata de concretar un plan de vida basado en el amor filial más allá de la finitud”<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Cód. Civ. y Com., art. 561.

<sup>17</sup> Autores de posturas doctrinales diversas han coincidido en la importancia de respetar la interpretación restrictiva del consentimiento en estos casos, rechazando la admisibilidad de la representación o el reconocimiento del consentimiento presunto. Ver, por ejemplo, Herrera, Marisa, “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas: los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá”, en Revista InDret, Barcelona, enero 2017, y Lafferrière, Jorge Nicolás, ob. cit.

<sup>18</sup> Cfr. Zúñiga Basset, María, “Filiación post mortem: un paneo del estado del arte y la situación en el derecho sucesorio”, *El Derecho*, 10/06/2019, cita digital: ED-DCCLXXVII-926.

<sup>19</sup> Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 76, “E., A. N. c. P. s/ Amparo — Familia”, 30/12/2019.

<sup>20</sup> Gil Domínguez, Andrés, “Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar”, *LA LEY* 2016-D, 542, AR/DOC/2171/2016.

De este modo, advierte que se han ido desdibujando las líneas estrictas respecto a la interpretación y los requisitos formales exigidos para la manifestación de la voluntad procreacional en los casos de TRHA. Asimismo, en los casos en los que se admite la viabilidad del consentimiento “implícito”, nada se dice sobre la imposibilidad de revocación. Evidentemente, si el progenitor ha fallecido, no tendrá oportunidad de revocar el consentimiento (un consentimiento que, a nuestro entender, ni siquiera ha otorgado).

El Código Civil y Comercial parece ser claro en cuanto a los requisitos formales del consentimiento. Pero en la práctica esa exigencia parece desdibujarse: el consentimiento en materia de TRHA, cuando uno de los pretensos progenitores ha fallecido, en algunos casos se ha presumido.

## V. EL PROBLEMA DE BASE: LA SITUACIÓN DEL EMBRIÓN CRIOCONSERVADO

Hasta aquí, hemos analizado el vacío normativo que existe respecto a la filiación *post mortem* y a la transferencia embrionaria *post mortem*, así como las diversas interpretaciones que existen en torno al consentimiento para el acceso a las TRHA.

En nuestra opinión, el problema que subyace a la problemática de la transferencia embrionaria *post mortem* es consecuencia de la inexistencia de reglas claras respecto a un tema aún más importante: la indefinición respecto a la situación del embrión crioconservado.

Desde el momento en que se produce la fecundación *in vitro* de los gametos, se forma una persona, con una identidad biológica y genética distinta a la de sus progenitores. Tal como señala Ferrer, el embrión es “un ser humano concebido y en formación”<sup>21</sup>.

Entendemos que las modificaciones que se han efectuado al anteproyecto y los cambios de redacción respecto a lo establecido por el Código Civil derogado nos permiten concluir que existen argumentos suficientes para sostener que nuestro Código Civil y Comercial reconoce la personalidad del embrión crioconservado.

En primer lugar, destacamos que el art. 19 del Cód. Civ. y Com., en línea con lo dispuesto en diversos tratados internacionales <sup>22</sup>, dispone que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. El artículo no realiza distinción alguna en cuanto al lugar donde debe producirse la concepción. Así,

---

<sup>21</sup> Ferrer, Francisco A. M., ob. cit.

<sup>22</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “persona es todo ser humano” y que “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” (art. 1.2. y 4.1.). Asimismo, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849), la República Argentina realizó una reserva al artículo 1º, manifestando que, para nuestro país, “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.



en nuestra opinión, el código reconoce que todas las personas, ya sea que hayan sido concebidas en el seno materno o *in vitro*, son personas desde el momento de su concepción.

Al respecto, merece la pena recordar que el Código Civil derogado disponía que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”<sup>23</sup>. Queda claro que, al momento de la sanción del Código Civil, no existía posibilidad de que las personas fueran concebidas en un lugar distinto al seno materno. Por ello, el énfasis que el Código Civil ponía en la concepción en el seno materno no debía ser entendido como una discriminación a aquellas personas concebidas *in vitro*, sino más bien un reconocimiento explícito de la personalidad del no nacido. En línea con los tiempos actuales, el Código Civil y Comercial ha eliminado la aclaración respecto al lugar de concepción. Por ello, no quedan dudas de que el embrión, haya sido concebido dentro o fuera del seno materno, es persona humana desde el momento de su concepción.

A mayor abundamiento, destacamos que el anteproyecto originalmente establecía una distinción entre la concepción en el seno materno y la implantación del embrión concebido por TRHA. Al respecto, el texto del art. 19 original 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”. El artículo citado, afortunadamente, fue modificado.

Sin perjuicio de la crítica que nos merece el doble régimen de inicio de la existencia de la persona humana, que proponía el anteproyecto, destacamos que el artículo reconocía que, en los casos de TRHA, lo que se producía en la mujer era la “implantación del embrión”. A diferencia de lo que se establecía en el caso de concepción natural (en el que se hacía referencia a la “concepción en el seno materno”), el anteproyecto no hablaba de concepción del embrión en la mujer, sino de su implantación.

A nuestro entender, el texto de la norma reconocía implícitamente que, al momento de la implantación ya se había producido con anterioridad la concepción. De otro modo, no tendrían sentido alguno los diferentes términos —“concepción” versus “implantación”— que el anteproyecto utilizaba. Por este motivo, teniendo en cuenta que el texto final del Código Civil y Comercial habla únicamente de la concepción, sin hacer aclaración o distinción alguna, entendemos que engloba la concepción tanto dentro como fuera del seno materno.

En línea con lo expuesto, destacamos, además, que el Cód. Civ. y Com. en su art. 561 establece que puede revocarse el consentimiento otorgado en materia de TRHA, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión criopreservado. Sin perjuicio de las objeciones que consideramos pueden plantearse sobre esta disposición del Código en cuanto a

<sup>23</sup> Cód. Civil, art. 70.



la revocación del consentimiento en los casos en los que ya existe un embrión crioconservado, destacamos que el código, al aclarar que el consentimiento puede revocarse antes de la concepción “en la persona”, reconoce implícitamente que puede, entonces, existir una concepción “fuera de la persona”, es decir, *in vitro*<sup>24</sup>. Esta distinción que realiza el art. 561 resulta incompatible, a su vez, con aquellas posturas que sostienen que, en los casos de embriones crioconservados, la concepción se produce con la implantación del embrión<sup>25</sup>, pues, en ese caso, el código no hubiera diferenciado las dos situaciones precedentemente citadas: bastaba con permitir la revocación antes de que se produzca la concepción, sin aclaración alguna.

A pesar de lo expuesto, algunos autores argumentan que ciertas disposiciones del Cód. Civ. y Com. permiten inferir que dicho plexo normativo no reconoce la personalidad del embrión crioconservado.

En esta línea, por ejemplo, parte de la doctrina considera que el art. 20 del Cód. Civ. y Com.<sup>26</sup>, al hacer referencia a la época de la concepción en relación con la duración del embarazo, entiende que “hay persona recién a partir de la concepción como sinónimo de embarazo”<sup>27</sup>. No estamos de acuerdo con esta interpretación. Creemos que el art. 20 tiene por objeto establecer una presunción sobre la época de la concepción en los casos de concepción natural, sentando así el plazo máximo o mínimo dentro del cual aquella puede haberse producido. Ahora bien, el hecho de que el art. 20 vincule la época de la concepción con el embarazo no implica que la concepción se produzca únicamente cuando existe embarazo (es decir, en el seno materno), sino que dicho artículo resulta de aplicación a los casos de concepción en el seno materno, y no a los casos de concepción extracorpórea (donde la concepción no va a tener relación alguna con el plazo máximo o mínimo de embarazo).

Por otro lado, algunos autores sostienen que el código implícitamente reconoce que el embrión crioconservado no es persona, ya que el art. 561 permite la revocación del consentimiento hasta tanto no se haya producido su implantación. Argumentan que, de haber reconocido personalidad al embrión no implantado, el código no hubiera permitido la revocación del consentimiento.

Sobre esta cuestión, consideramos que el art. 561 se refiere a la filiación en los casos de TRHA. Es decir, del texto de la norma surge que, si el consenti-

<sup>24</sup> Cfr. Lafferrière, Jorge Nicolás, «El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado», en DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, p. 143.

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, Herrera, Marisa, “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, en RCCyC 2018 (julio), 13/07/2018, p. 3.

<sup>26</sup> Cód. Civ. y Com., art. 20: “Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento”.

<sup>27</sup> Herrera, Marisa, “Filiación post mortem...”, ob. cit.

miento se revoca, no existirá filiación entre el embrión y la persona que revocó su consentimiento <sup>28</sup>, pero nada dice sobre el destino de dicho embrión una vez que el consentimiento es revocado.

Evidentemente, el art. 561 nos deja un sabor amargo. En el afán de otorgar un valor cuasi absoluto a la voluntad procreacional, el código omite considerar qué sucede con el embrión no implantado en los casos en los que se decide revocar el consentimiento. Consideramos que la solución del artículo citado es lamentable, y que hubiera sido deseable que se brindara protección al embrión crioconservado.

Sin perjuicio de ello, entendemos que la opción de revocación no implica reconocer que el embrión no es persona. A mayor abundamiento, remitimos a lo anteriormente expuesto respecto a la diferenciación que realiza este artículo entre la “concepción en la persona” y la “implantación del embrión”.

En nuestra opinión, el Cód. Civ. y Com. implícitamente reconoce que, antes de la implantación del embrión, existe concepción extracorpórea. Esto implica reconocer que el embrión crioconservado es persona humana. A pesar de ello, autoriza a revocar el consentimiento y a rechazar su filiación. Pero nada dice sobre el destino del embrión que espera ser implantado para continuar su desarrollo.

## VI. CONCLUSIÓN

Han transcurrido más de veinte años desde la sentencia dictada en la causa “Rabinovich”<sup>29</sup>, en la cual quedó en evidencia el estado de desprotección en el que se encontraban los embriones crioconservados. “Rabinovich” reconoció expresamente que bajo nuestro ordenamiento jurídico el embrión es persona, y que, por el hecho de ser persona, merece ser protegido y que su vida y su dignidad sean respetadas.

Desde el dictado de la mencionada sentencia a la fecha, la ciencia ha avanzado y el acceso a las TRHA se ha expandido. Consecuentemente, la necesidad de normas claras sobre la materia resulta cada vez más imperiosa.

El Código Civil y Comercial tuvo la oportunidad de aclarar esta cuestión y de brindar una solución concreta a la situación crítica en la que se encuentran los embriones crioconservados. Esta oportunidad se ha desperdiciado.

Si bien consideramos que el código reconoce que el embrión no implantando es persona humana desde su concepción, la supresión sin más de la filiación *post mortem*, la confusión generada por el reconocimiento de su capacidad para suceder, junto con la posibilidad de revocar el consentimiento en las TRHA

<sup>28</sup> Cfr. Lafferrière, Jorge Nicolás, «El artículo 19 del Código...», ob. cit.

<sup>29</sup> CNCiv., sala I, “Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias”, 03/12/1999.

en los casos en los que existen embriones crioconservados, ha creado un entramado de normas confusas <sup>30</sup>.

La situación se complejiza aún más al analizar la norma transitoria segunda contenida en el art. 9° de la ley 26.994, que establece que “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

Coincidimos con Staropoli en que la solución al problema no es la remisión a una ley especial <sup>31</sup>. Habiendo tenido la oportunidad de disipar dudas respecto a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el embrión crioconservado, el legislador optó por diferir el tratamiento de esta importante cuestión.

Además, la redacción de la mencionada disposición transitoria ha dado lugar a discusiones respecto a su sentido: parte de la doctrina considera que el legislador reconoce de este modo que el embrión no implantado, en cuanto persona, merece una protección especial, mientras que otros consideran que el hecho de que el propio código remita a una ley especial para la regulación de su protección, en lugar de incorporarla expresamente en su texto, implica admitir tácitamente que el embrión crioconservado no es persona <sup>32</sup>.

A la confusión generada por el texto de la disposición transitoria se suma el hecho de que, a más de seis años de la sanción del Código Civil y Comercial, la ley especial sobre la protección del embrión crioconservado aún no ha sido dictada.

El objeto del presente artículo era analizar dónde nos encontramos parados respecto a la transferencia embrionaria *post mortem*. Pues bien, no tenemos claro dónde estamos parados.

Y el problema no es únicamente que no exista una norma expresa sobre transferencia de embriones *post mortem*, sino que se omita proteger adecuadamente al embrión crioconservado como persona.

Mientras sigamos priorizando la voluntad procreacional de los adultos y postergando la sanción de normas claras respecto a la situación del embrión no implantado, seguiremos fallando como sociedad en proteger a los más débiles: las personas por nacer.

## VII. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Basset, Úrsula C., “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-D, 663, AR/DOC/2099/2015.

— “Relaciones de familia”, en Alterini, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed.

<sup>30</sup> Cfr. Ferrer, Francisco A. M., “Personas que pueden...”, ob. cit.

<sup>31</sup> Staropoli, María del Carmen, “Los embriones que no son ‘personas’ y esperan en el limbo su destino humano -¿Un nuevo apartheid?—” en DFyP 2013 (mayo), 01/05/2013, p. 190.

<sup>32</sup> Herrera, Marisa, “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales...”, op. cit.

- Bedrossian, Gabriel, “Fertilización *post mortem*: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo”, en *Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, junio 2020.
- CNCiv., sala I, “Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias”, 03/12/1999.
- Famá, María Victoria, “La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida”, SJA 05/02/2014.
- Ferrer, Francisco A. M., “La fecundación post mortem”, LA LEY 2018-E, 1034, AR/DOC/2042/2018.
- “Personas que pueden suceder al causante”, LA LEY 13/03/2015, 1, LA LEY 2015-B, 66, AR/DOC/685/2015.
- Gil Domínguez, Andrés, “Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar”, LA LEY 2016-D, 542, AR/DOC/2171/2016.
- Herrera, Marisa, “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas: los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá”, en *Revista InDret*, Barcelona, enero 2017.
- “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, en *RCCyC* 2018 (julio), 13/07/2018.
- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 76, “E., A. N. c. P. s/ Amparo — Familia”, 30/12/2019.
- Lafferrière, Jorge Nicolás, “El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, *DFyP* 2014 (noviembre), 03/11/2014.
- “La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial”, LA LEY 2018-C, 599, AR/DOC/1288/2018.
- Perrino, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, act. por Basset, Úrsula C. (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed.
- Staropoli, María del Carmen “Los embriones que no son <personas> y esperan en el limbo su destino humano -¿Un nuevo apartheid?-, *DFyP* 2013 (mayo), 01/05/2013.
- Zúñiga Basset, María, “Filiación *post mortem*: un paneo del estado del arte y la situación en el derecho sucesorio”, *El Derecho*, 10/06/2019, *cita digital: ED-DCCLXXVII-926*.

*Recepción: 02/12/2020*

*Aceptación: 11/12/2020*