

## FERTILIZACIÓN "IN VITRO": UNA AFIRMACIÓN DE VIDA

GABRIELA LILIANA ALONSO\*

### A) CONSIDERACIONES GENERALES

#### 1. INTRODUCCIÓN

Una introducción tradicional al tema cuyo estudio aquí proponemos comenzaría invariablemente refiriendo el hito genético que significó, el 20 de julio de 1978, el nacimiento de Louise Brown, la primera "niña de probeta", ocurrido en Gran Bretaña. El primer bebé, pues, fruto de una fertilización *in vitro* (fecundación ectogenética o extracorpórea), feliz resultado de décadas de incansable investigación científica por parte del biólogo Robert Edwards, en colaboración con el ginecólogo Patrick Steptoe. En efecto, en 1969 Edwards lograba la fecundación de un óvulo humano "en probeta", y en 1978 nacía el primer bebé, con lo que se superaba la imposibilidad de procrear por la vía natural del acto sexual de aquella mujer afectada en su fecundidad por la patología de obstrucción tubárica.

Era menester, luego de aquel primer paso gigantesco, tener por cierto que el éxito era reproducible. El mismo equipo reiteró el intento un año después, con idénticos resultados. Poco más tarde, la cadena de logros felices se alcanzaba asimismo en Australia, merced a la labor de Alex

\* Secretaria de Redacción de "Lecciones y Ensayos". Becaria investigadora de la Universidad de Buenos Aires (tema: Responsabilidad civil derivada de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida). Ayudante Alumna en la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones.

Lopata primero, y luego de Alan Trounson. Actualmente, se suman a aquellos dos Estados pioneros equipos interdisciplinarios de todo el mundo, particularmente de Austria, Estados Unidos de América, Suecia, Alemania, Dinamarca y Francia.

Pero señalamos al comienzo que una tal introducción habría sido de rigor si el propósito se hubiese agotado en el acercamiento al tema por la vía convencional. Nuestro objetivo, sin embargo, no se agotó en esa mira, quizá menos por nuestro propósito que por el tema mismo.

Un tema que nos condujo a una toma de conciencia acerca del conocimiento profundo que el hombre ha adquirido acerca de las raíces de su propia vida y, más aún, de las posibilidades de actuar sobre ellas. Así, y a poco que nos adentráramos en la problemática de la fertilización *in vitro*, y en el más amplio contexto de la fecundación asistida, advertíamos que cualquier estudio meditado de aquellas implicaría navegar "entre asombros y temores". Sin embargo, la circunstancia que con mayor potencia se nos reveló fue el inmenso cúmulo de resistencias que a esas nuevas formas de conocimiento y perfeccionamiento de la naturaleza tantas veces se oponen. Lamentamos comprobar, desde nuestras primeras lecturas de aproximación, cómo el fenómeno resultaba constantemente encarado desde su potencial temida desviación, antes aun del esbozo de un concepto o de una caracterización mínima. Así, y previamente a la definición de la técnica, a la referencia tan siquiera sucinta de las patologías o afecciones que viene a asistir, encontramos en múltiples ocasiones la denuncia de la espeluznante intencionalidad subyacente, del "telón" que ciertamente encubre insospechados propósitos de manipulación de la vida; una denuncia en donde científicos movilizados por su fe profunda en el progreso del conocimiento, tanto como parejas motivadas por un legítimo deseo de paternidad y continuación, resultaban indiscriminadamente desvirtuados en sus legítimas aspiraciones por feroces críticas.

Un contexto tal, pues, justificó nuestra determinación de comenzar este trabajo señalando que él procurará constituir una reivindicación de la procreación asistida como tal, por conducto de una valoración positiva de la fertilización *in vitro*, inesperado objetivo éste que nos impuso una redefinición, si bien no del objeto del trabajo, ciertamente sí de su centro y su periferia.

Siendo así, y aunque el estudio del aspecto procedimental de la técnica no es reputado medular para nuestro pro-

pósito, como presupuesto de conocimiento en el presente trabajo será brevemente encarado en el primero de sus apartados.

Establecida tal herramienta de trabajo, analizaremos en un segundo estadio la problemática inherente al comienzo de la vida desde diversas disciplinas del saber humano (la biología, la teología, el derecho). En esta cuestión, tan fundamental a la fertilización *in vitro* a la hora de determinar su licitud y sus necesarios límites, particularmente nos detendremos, pues nos permitirá transitar por dos de las líneas que consideramos directrices en nuestro trabajo: el imperativo de la interdisciplinariedad, así como la necesidad del traslado de la discusión al plano normativo.

Seguidamente enfrentamos la problemática que impone el estudio de la técnica a la luz de la ética, con las lógicas limitaciones impuestas por la índole de la cuestión.

Por fin, encaramos el análisis de la fertilización *in vitro* y la determinación de la filiación, bajo la óptica de la actual normativa argentina. Preferimos prescindir de la referencia particularizada a los instrumentos normativos que a nivel comparado se ocupan de nuestro tema pues, al efectuar el acotamiento del objeto del trabajo, consideramos que comportaba un aspecto de seguro interés, pero de carácter eminentemente informativo al que puede acudir por otras fuentes.

Como cierre de nuestro estudio, arrojamos un puñado de conclusiones generales.

## 2. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Comenzaremos por una breve relación de la técnica en estudio y sus aspectos procedimentales más salientes. El primer paso comprende el estudio de la pareja a la que habrá de asistir para determinar la naturaleza del factor que torna inoperante la fecundación en el interior del tercio externo de las trompas de Falopio, como antecedente necesario de la eventual indicación de la técnica analizada. Se señala como implícito en esta fase el estudio del espermio masculino, como dato de la capacidad fecundante del mismo y sus posibles limitaciones<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Gafé, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana. Bionética, ética y derecho*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1986, p. 28.

El segundo paso corresponde a la fase de inducción de la ovulación, ya que el gameto femenino habrá de extraerse del folículo cuando su maduración haya concluido, momento éste que coincide con el inmediatamente previo a la ovulación<sup>2</sup>.

Con seguimiento monitorizado del crecimiento del folículo, la siguiente etapa corresponde a la inducción de la rotura folicular que precede a la captación del gameto femenino, momento que califica al cuarto estadio de la técnica en estudio. La obtención del óvulo puede tener lugar por uno de estos dos métodos: el de laparoscopia o celioscopia bajo anestesia general o el de la recepción por vía percutánea con control ecográfico<sup>3</sup>.

La quinta etapa corresponde al control de madurez y fecundabilidad del óvulo, paralelamente al cual se habrá efectuado la obtención, capacitación y selección del espermatozoide. El sexto paso marca propiamente la fecundación del óvulo, etapa que habrá de llevarse a cabo en condiciones de cultivo estrictas, desde que el cigoto, en su ámbito natural, se encuentra inmerso en complejos líquidos biológicos de la trompa o del útero.

Transcurrido un tracto de tiempo razonable que haga prever la penetración del óvulo por el gameto masculino (varias horas, por lo menos), la célula germinal supuesta-

<sup>2</sup> Aun cuando, principiando la aplicación de esta técnica, se apelaba exclusivamente a ciclos naturales, de inmediato se advirtió que por tal vía la intervención quedaría condicionada al ciclo fisiológico de la mujer. En dirección a tal dificultad, se recurrió, posteriormente, a ciclos inducidos, farmacológicamente por aplicación de citrato de clomifeno (clomid) o gonadotropina menopáusica humana. Testart, Jacques, La fecundación del óvulo humano, en Revista "Mundo Científico", n° 13, p. 357.

<sup>3</sup> El procedimiento laparoscópico exige la previa inyección de dos a tres litros de gas en la cavidad abdominal de la mujer. Acto seguido, una larga aguja guiada por un aparato óptico se introduce en la cavidad peritoneal. El uno permite el examen del ovario y la otra, la aspiración del contenido folicular. El diámetro de la aguja (1,4 mm) hace posible el paso de la masa celular del cumulus que rodea al óvulo. En una perinegativa adosada a la aguja o en un tubo a presión negativa (12 cm de mercurio) se recoge el producto de la aspiración (que asciende en término promedio de 2 a 3 ml de líquido folicular). El segundo método consistente en la punción folicular por medio de una aguja transabdominal guiada hasta el folículo por un examen ultrasonido (ecografía) presentaría la ventaja de evitar la cirugía y consiguiente aplicación de anestesia general a la paciente. Testart, op. cit., p. 361 y Zannoni, Eduardo, Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres), en "Lecciones y Ensayos", n° 49, p. 58.

mente fecundada se traspara a un nuevo tubo de vidrio, con lo que se asegura la eliminación de espermatozoides excedentes.

Mediante controles microscópicos, habrá de comprobarse la fecundación. En primer término se observará la liberación del corpúsculo polar, luego la formación y posterior fusión de los pronúcleos y finalmente la división celular.

La última etapa es la de transferencia embrionaria. Dos o tres días después de la extracción del óvulo, el cigoto cuenta con un número de cuatro a ocho células, momento que indica la necesidad de reimplantación del óvulo fecundado en el útero. Este, bajo el efecto de la progesterona liberada luego de la ovulación por el ovario, alcanza un estado de óptima preparación para la implantación referida, caracterizada por un importante desarrollo de la mucosa uterina que lo torna particularmente receptivo. Técnicamente, el procedimiento de transferencia embrionaria puede efectuarse por dos vías: transcervical o transcutánea<sup>4</sup>.

Entre el noveno y duodécimo día de la transferencia, principia la determinación de subunidad beta de HGC (B-HGC) en plasma periférico, lo cual constituye el primer criterio cronológico de implantación y progresión del embarazo. El mismo continuará utilizándose como monitorización del proceso de gestación, hasta que, luego de tres a cuatro semanas de efectuada la transferencia, sea posible el recurso a la monitorización ecográfica, ya con criterios morfológicos. Desde entonces, el control del desarrollo del embarazo es idéntico al de cualquier proceso "natural" de gravidez, si bien es recomendable, hasta tanto no se alcancen índices concluyentes de frecuencia de anomalías, efectuar una punción amniótica aproximadamente al cuarto mes, a los efectos de precisar la fórmula cromosómica<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> El procedimiento por vía transcervical tiene lugar cuando el cigoto transportado por un fino catéter no traumático se introduce en el útero por el cuello de éste; por sistema de inyección se deposita sobre la mucosa uterina junto con una cavidad mínima de líquido de cultivo (10 a 20 ml). Por su parte, la vía transcutánea se concreta cuando el transfer se efectúa a través de la pared del útero. Requiere anestesia y sus resultados han sido más bien negativos. Testart, *op. cit.*, p. 313.

<sup>5</sup> En el trabajo que venimos citando, Jacques Testart relata que, a iniciativa del científico Edwards, un registro internacional de embarazos FIV (fertilización *in vitro*) fue organizado en Cambridge, Gran Bretaña. De esta forma, el análisis comparativo de datos no sólo permitirá cotejar las variantes de las técnicas utilizadas y sus resultados, sino también conocer con certeza la "calidad" de estos embarazos. *Op. cit.*, p. 345.

## B) EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

"Según los mitos de hebreos y griegos, la historia humana se inauguró con un acto de desobediencia. Adán y Eva, cuando vivían en el jardín del Edén, eran parte de la naturaleza: estaban en armonía con ella, pero no la trascendían. Estaban en la naturaleza como el feto en el útero de la madre. Eran humanos, y al mismo tiempo aún no lo eran. Todo esto cambió cuando desobedecieron una orden. Al romper vínculos con la tierra y madre, al cortar el cordón umbilical, el hombre emergió de una armonía prehumana y fue capaz de dar el primer paso hacia la independencia y la libertad. El acto de desobediencia liberó a Adán y a Eva y les abrió los ojos. Se reconocieron uno a otro como extraños y al mundo exterior como extraño e incluso hostil. Su acto de desobediencia rompió el vínculo primario con la naturaleza y los transformó en individuos. El 'pecado original', lejos de corromper al hombre, lo liberó; fue el comienzo de la historia. El hombre tuvo que abandonar el jardín del Edén para aprender a confiar en su propia fuerza y llegar a ser plenamente humano" (Erich Fromm, *Sobre la desobediencia humana*).

### 3. LA RESPUESTA DESDE EL ÁNGULO BIOLÓGICO

#### a) El dogma central de la biología molecular

Aunque desde el campo de la biología se asuma la imposibilidad de brindar una respuesta unívoca y definitiva pues, como señala Lacadena, "desde el punto de vista genético, no existe hoy por hoy una respuesta científica cierta"<sup>4</sup>, intentaremos en esta primera visión del problema, sobre el comienzo de la vida humana, un acercamiento a los datos reputados fundamentales por esta disciplina científica.

Nos referiremos en primer término a la mecánica del funcionamiento del ADN (ácido desoxirribonucleico) y del ARN (ácido ribonucleico), la cual aporta un primer criterio científico para relativizar el principio según el cual la vida humana principia con la fecundación del óvulo. En efecto, en el período de desarrollo embrionario extendido desde el

<sup>4</sup> Lacadena, Juan J., Aspectos genéticos de la reproducción humana, en "Fecundación artificial: ciencia y ética", p. 14.

estadio de cigoto hasta el correspondiente a la anidación, atravesando por las etapas de mórula y blastocisto, el embrión tiene su propio ADN –portador de la información genética que para programar su información requerirá el nuevo ser que se hubiese concebido–, pero no ha adquirido aún su propio ARN, conservando el del óvulo materno. Así, cabe concluir que, por ausencia de ARN individual, el embrión, en estadios previos a la anidación o implantación intersticial en el útero, carece de capacidad propia para transmitir aquella información hereditaria.

#### b) La individualización del nuevo ser

La ciencia biológica afirma sin reservas que, desde la unión de las células germinales masculina y femenina en el instante inicial de la fecundación, comienza propiamente la vida. "Cuando de dos realidades distintas –el óvulo y el espermatozoide– surge una realidad nueva y distinta, con una potencialidad propia y una autonomía genética ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético"<sup>7</sup>. El elemento de la autonomía genética es destacado por quienes afirman, además, que esa vida del ser en gestación es ya humana. Lejeune describe con pristina claridad aquel dato biológico cuando escribe: "Tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos, está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Así como la introducción de un minicassette en un magnetófono en marcha permite la reproducción de la sinfonía grabada, la información contenida en los cuarenta y seis cromosomas (los minicassettes de la música de la vida) resultará descifrada por la maquinaria del citoplasma del huevo fecundado (el magnetófono) y el nuevo ser empieza a manifestarse tan pronto como queda concebido"<sup>8</sup>.

Sin embargo, aun cuando se entienda acreditada esa invocada autonomía, subsistiría la más crucial objeción a la doctrina que ubica en la fecundación el principio de la vida humana, y es la objeción que cuestiona la individualización

<sup>7</sup> Gato, op. cit., p. 41.

<sup>8</sup> Lejeune, Jerome J., *Non occidere. Questioni di morale della vita fisica*, p. 13, citado por Andruet, Armand, *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación "in vitro" en particular*, ED, 127-424.

del nuevo ser, fundamentalmente en la fase del desarrollo embrionario correspondiente a los estadios cigoto-mórula-blastocisto-anidación.

Dicha individualización se define por dos propiedades fundamentales: la unicidad —al decir de Ferrater Mora, "algo se llama también único cuando no existe otro exactamente igual en su clase"<sup>9</sup>— y la entidad, realidad positiva de ser uno solo.

En una afirmación trascendente, sostiene Lacadena que "existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación"<sup>10</sup>.

Estudiaremos en primer lugar el problema de la unicidad, tal como ha sido conceptualizada. Esta se ve afectada en la afirmación de su existencia frente al caso de los gemelos monocigóticos, único supuesto posible de identidad genética entre los individuos del género humano<sup>11</sup>. Aquéllos se forman a partir de la división de un mismo embrión, aproximadamente dentro de los catorce días de la fecundación. Por tanto, y siendo una tal división posible, cabe concluir que durante el desarrollo embrionario que precede a la implantación del embrión, la unicidad del ser gestado no se encuentra aún fijada.

La unidad, segunda propiedad que viene a calificar la individualización, impone la consideración de los fenómenos conocidos como quimerismo y mosaicismo. Simplificando su explicación, el término quimera se aplica en sentido genérico a cualquier organismo cuya constitución reconozca como origen la fusión de dos cigotos o embriones distintos. El mosaico cromosómico es, en cambio, el organismo que posee por lo menos dos series celulares con distinta dotación cromosómica, procedente de un solo cigoto<sup>12</sup>.

En cualquiera de las variantes de quimerismo, o de mosaicismo, lo cierto es que el establecimiento de la propiedad

<sup>9</sup> Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, t. IV, p. 3363.

<sup>10</sup> Lacadena, op. cit., p. 18.

<sup>11</sup> Téngase en cuenta que uno de cada ochenta y nueve nacimientos son gemelos, entre los que un 20 a 30 % son monocigóticos, lo cual equivale a una frecuencia global aproximada de gemelos monocigóticos de un 2 %.

<sup>12</sup> Conf. *Diccionario terminológico de las ciencias médicas*, Barcelona, Salvat, 1983, p. 843 y 845.

de unidad no puede predicarse de los cigotos ni de los embriones fusionados, aun cuando tal fusión resulte en la especie humana difícil, aunque no imposible<sup>12</sup>.

Los fenómenos de gemelismo, mosaicismo y quimerismo referidos señalan con elocuencia la situación cierta de precariedad en que se encuentra el embrión con anterioridad al hito biológico de la anidación, momento que resulta así decisivo en punto a la individualización del ser en gestación. Acogiendo expresamente esta idea, el Comité Warnock recomienda en su informe que "ningún embrión humano obtenido por fecundación *in vitro* debe conservarse vivo más allá de catorce días, sin incluir en este período de tiempo el correspondiente al que haya sido conservado en congelación" (párr. 12).

#### c) Argumentaciones científicas en relación con el estadio anidación-feto

Aun cuando es generalizada la admisión de que, establecida la individualización del nuevo ser, el estudio genético prospectivo de su desarrollo no presenta cuestión alguna relativa a una eventual indeterminación, ciertas opiniones aisladas marcan el inicio de la vida biológicamente humana en el momento de final conformación de determinados órganos o de aparición de actividades fisiológicas. Dejamos aquí simplemente enunciados los dos criterios más frecuentemente invocados:

1) La formación —aproximadamente en la segunda semana— de la cresta o surco neural, entendida como el conjunto de formaciones celulares del embrión que constituyen el germen del sistema nervioso central.

2) La presencia de actividad eléctrica cerebral, registrada mediante un electroencefalograma, hecho que se sitúa hacia los cuarenta y tres o cuarenta y cinco días posteriores a la fecundación.

Como se desprende de los criterios científicos enunciados apretadamente en este estadio de nuestro trabajo, puede afirmarse que, desde el estricto terreno de la biología no se reconoce la individualización del ser —y por lo tanto la afirmación de su plena humanidad— antes de la culminación del proceso de anidación en el útero materno. En los pun-

<sup>12</sup> Conc. Leonense, *op. cit.*, p. 26.

tos siguientes, y desde el análisis del controvertido tema a partir de diferentes áreas del saber humano, intentaremos acercarnos a la visión de él desde la profundidad de lo interdisciplinario, con lo que estas primeras afirmaciones habrán de cobrar nuevo sentido.

#### 4. RESPUESTA DESDE LA TEOLOGÍA

"Llenad la Tierra y sometedla" (Génesis, 1-28).

"Los que se atienen a un antiguo concepto estático de la ley natural, que sacraliza virtualmente el proceso biológico, sólo podrán mirar con horror a todos estos fenómenos. La mayor parte de nosotros reacciona, o reaccionó, con sentimientos negativos cuando oímos hablar de estas intervenciones en procesos concernientes al comienzo de la vida humana. Sin embargo, una evaluación moral basada en una visión personalista en relación principalmente con la dignidad y la libertad del hombre, debe considerar cada fenómeno individualmente" (Bernhard Haring, teólogo).

##### a) Aclaración previa

Destacamos en punto al análisis del tema del comienzo de la existencia humana desde la perspectiva teológica la imperiosa necesidad de sujeción a las fuentes primarias. La razón es clara: un rápido relevamiento de la doctrina sobre nuestro tema revela que el "argumento religioso" resulta de primer orden a la hora de rechazar de plano y sin reservas cualquier acercamiento a la problemática de la procreación asistida. Ello, con un triple efecto: en primer término, la personal doctrina religiosa del autor aparece descripta con un tal grado de generalización que el resultado es su subliminal identificación con la "doctrina oficial", "el orden natural", "la ley de Dios", "el principio supremo de la ley de Cristo". Así, el dogmatismo del autor, o su "apelación a la autoridad" como apoyo pseudológico de su propia postura lleva a la falaz uniformación del pensamiento religioso, que en medida alguna refleja la diversidad y profundidad con que se plantea el análisis de la cuestión aun entre doctrinas teológicas hermanadas por un idéntico tronco. En segundo lugar, la presentación de la personal opinión como "el pensamiento oficial", y dada la naturaleza misma del dogma religioso, verdad reputada inmutable en lo esencial, necesariamente cierra el debate. Por último, las consecuencias son adversas para la misma disciplina teológica, pues la

afirmación de su presunta incontestable uniformidad la empobrece y aleja de las discusiones que nacen del seno mismo de la inquietud o necesidad social<sup>14</sup>.

En atención al fenómeno que criticamos, pondremos especial cuidado en atenernos a las fuentes originarias en torno al tema, para lo cual estudiaremos la doctrina del magisterio eclesialístico, sintetizada en su contenido esencial en los documentos a los que habremos de referirnos: la Constitución pastoral *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II y la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado, del año 1974. Todo ello sin perjuicio de una previa sumaria referencia al pensamiento correspondiente a la que ha dado en llamarse "etapa precientífica", así como al estadio posterior de la teología, en que la discusión se traslada a un plano signado por la disociación de categorías: animación y hominización.

b) La pregunta sobre la condición antropológica del embrión

1) Punto de partida. La discusión de nuestro tema nos traslada como paso primero a la etapa precientífica del pensamiento teológico, cuando los datos aportados por las disciplinas científicas no eran tomados en cuenta. En dicha etapa renacía el planteo acerca de la animación, infusión del alma creada por Dios en el cuerpo humano. "Los Padres de la Iglesia se dividieron en dos corrientes de opinión: los que eran partidarios de la animación inmediata (desde el momento de la concepción) y los que lo eran de la animación mediata o retardada (después de un cierto tiempo)"<sup>15</sup>.

Respectivamente, se trataba de las doctrinas del traducianismo y del creacionismo. Esta última afirmaba la directa intervención de Dios en la creación *ex nihilo* de cada alma humana, proceso que requería concurrencia de las condiciones naturales —vitales y fisiológicas— suficientes para ello. La conclusión para nuestro tema surge, pues, clara; si el alma es creada por Dios, y lo es luego de un cierto tracto de tiempo, la infusión del alma será necesariamente posterior a la concepción (animación retardada). Por su

<sup>14</sup> La observación se retomará en nuestra conclusión al presente capítulo.

<sup>15</sup> Vidal, Marciano, El "status" humano del embrión, en "Fecundación artificial: ciencia y ética", p. 63-78.

parte el traducianismo, oponiéndose a tal doctrina, sostenía la transmisión del alma espiritual a los hijos por los padres en el proceso de la generación, con la consecuencia de adhesión a la tesis de la animación inmediata. Sin embargo, en atención a las dificultades de consistencia interna de la última de las referidas doctrinas, se impuso finalmente la creacionista, que asumió carácter oficial, con lo cual adquirió consecuente preeminencia la tesis de la animación retardada<sup>16</sup>. Esta opinión habría de mantenerse en forma generalizada durante la época medieval, enriquecida por el aporte de la antropología aristotélica basada en la comprensión filosófica hilemórfica (el hombre como ser compuesto de alma-cuerpo). De ella serían fieles y calificados exponentes los libros penitenciales, el sistema escolástico (Pedro Lombardo, San Alberto Magno, Santo Tomás de Aquino) y el derecho (decreto de Graciano). En pleno período medieval, afirmaciones de signo ideológico, producto directo del desconocimiento científico, vienen a incorporarse a la tesis de la animación mediata: el alma racional se revela en el varón a los cuarenta días y en la mujer a los ochenta.

2) Hacia la tesis de la animación inmediata. Una primera fisura, un primer "tumulto" en la doctrina de la animación retardada marca la tendencia de la teología posttridentina, cuando "de hecho la moral casuista, sin abandonar la teoría de la animación retardada, tendió a solucionar los problemas morales desde la aceptación práctica de la animación inmediata... (que) comienza a abrirse camino desde el siglo XIX. Esta manera de pensar se ha convertido en la actualidad en la tesis oficial"<sup>17</sup>.

Adelantamos ya que en estadios anteriores del pensamiento teológico se utilizaron categorías dualistas, espiritualistas en insalvable exceso y por tanto alejadas de "los datos de la realidad". En cuanto al problema de la vida humana, eran ellas:

a) La animación, como la ya referida infusión del alma creada por el Ser Superior en el cuerpo humano, formado por los progenitores (el concepto de fecundación natural como "cooperación" del hombre con la labor creadora de Dios se estudiará más adelante).

<sup>16</sup> Concordantemente, Pio XII afirmó: "la fe católica nos obliga a aceptar que las almas son creadas inmediatamente por Dios", en *Humani Generis*, citado por Vidal, *op. cit.*, p. 68.

<sup>17</sup> Vidal, *op. cit.*, p. 67-68.

Esta noción de "animación" y la "sucesión progresiva de almas" que postuló la tesis aristotélica (sensitiva, animal, racional) se convirtieron en la piedra de toque para la comprensión del status antropológico de la vida intrauterina. Así, la infusión del alma racional se reputó como clave del comienzo de la vida.

b) La formación, esto es, la conformación suficiente del feto para recibir la animación (tener presente la postulada necesidad del concurso de "condiciones requeridas" por la doctrina creacionista). Si bien no se conoció criterio científico alguno que permitiera determinar los factores de desarrollo y temporales para tener por cierta la formación del embrión, prevaleció sin controversia la distinción entre feto formado (*animado*) y no formado (*no animado*). Sólo el atentado contra el primero se reputaba homicidio y como tal se sometía a las penas del derecho canónico. La Constitución Apostólica *Sedís* (Pío IX, 1869) puso fin a la distinción. (Desde la perspectiva de la teología católica actual, ya no se habla de "animación" o de "infusión del alma" para referirse al comienzo de la vida humana. Se prefiere el término y la categoría de "hominización"<sup>22</sup>.)

3) La ruptura metodológica. Como tercera y última vertiente de información en este breve recorrido por la evolución del pensamiento religioso en torno a nuestro tema, referiremos la etapa conocida como de "ruptura metodológica" en la reflexión teológica. El término "ruptura" hace alusión a la innovación de método que se revela en nuestros días por una doble vía: en primer lugar, se abandonan los planteamientos precientíficos correspondientes a las etapas de las que hemos hecho rápida referencia. Asimismo, se tienen en cuenta los datos aportados por los saberes positivos acerca de la fase inicial de la vida humana, datos que son "asumidos" por la teología. "El resultado de estas opciones metodológicas es un planteamiento más exacto del problema sobre la condición antropológica del embrión"<sup>23</sup>. Así, la teología resuelve tal interrogante sin desestimar la necesidad de distinguir al menos cuatro momentos decisivos en la faz del desarrollo embrionario para hablar de vida "específicamente humana": fusión de los gametos-segmentación-implantación en el útero-aparición de la corteza cerebral.

<sup>22</sup> Vidal, *op. cit.*, p. 69.

<sup>23</sup> Vidal, *op. cit.*, p. 64.

"Teniendo en cuenta estos datos, es necesario afirmar que existe vida humana desde el momento de la fecundación. Pero, ¿hay que afirmar también la presencia de vida personal desde ese momento?"<sup>18</sup>. En el estado actual, pues, el pensamiento teológico intenta la elucidación del interrogante dentro del significado integrador que aportan los datos científicos.

Dentro de estas coordenadas, analizaremos la doctrina del magisterio eclesial. Adelantamos que sostiene sin reservas que la vida humana debe ser respetada con todas las exigencias éticas del ser personal desde el momento de la fecundación.

Ello surge de dos fuentes primarias: una es la manifestación del Concilio Vaticano II en la Constitución pastoral *Gaudium et Spes*: "la vida humana, desde su concepción ha de ser salvaguardada con máximo cuidado" (nº 51); otra, la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado del año 1974, que pasamos a referir en el fragmento pertinente: "El respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación. Desde el momento de la fecundación del óvulo, se inicia una vida que no es del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegaría nunca a ser humano si no lo fuese ya en aquel momento" (nº 12).

Esta es, en fin, la doctrina que han asumido en incontables ocasiones los últimos Papas (desde Pío XII hasta Juan Pablo II) así como la totalidad de las Conferencias Episcopales Católicas.

Sin embargo, este estudio del pensamiento teológico sería parcial e incompleto si no diera cuenta de una serie de actuales criterios de teólogos católicos que, no por no integrar el "pensamiento oficial" o "mayoritario" dejan de definir e inyectar sustancia a la reflexión de la Iglesia como institución. A partir de estos criterios llamados relacionales se define el status del embrión desde la relación de alteridad: vida humana es aquella "alterizada", esto es, aceptada por "los otros". En esta postura se ubica un grupo de intelectuales franceses, del que formaba parte un cierto número de teólogos, que publicó en la revista *Études* (1973) un dossier referido al aborto en el que se advierte con toda claridad la

<sup>18</sup> Vidal, op. cit., p. 83.

afirmación de un criterio relacional a partir de la distinción entre "vida humana" (no relacionada) y "vida humanizada" (relacionada). Afirmaban aquéllos que "es posible distinguir entre vida humana y vida humanizada, pues creemos que si realmente el individuo no es humanizado sino mediante su relación con los demás, por y para los demás —si recibe su propio ser de los otros—, la relación de reconocimiento, tal como la hemos esbozado, es reveladora, si no restauradora, del carácter plenamente humano del ser en gestación. En otras palabras, igual que el ser humano no existe sin cuerpo, tampoco es humanizado sin esa relación a los otros"<sup>21</sup>.

Por otra parte, y desde un criterio individual biológico que define el status antropológico de la vida embrionaria por factores internos a ella misma, tomando lógicamente en cuenta datos provistos por las ciencias biológicas, un grupo de calificados teólogos, entre los que se cita a Ch. E. Curran, R. A. Mc Cormick, B. Chiavacci, F. Böckle y J. Fuchs, sólo admite la condición humana de la vida luego de la implantación en el útero<sup>22</sup>.

#### c) Nuestra conclusión: anticipación de una propuesta

Como nuestro trabajo no pretende ser un mero relevamiento de opiniones representativas en el marco de cada institución o disciplina referidas, sino un vehículo de aproximación a la complejidad del tema, tanto como a su profundidad —indicativos, por su parte, de la imposibilidad de enunciar una conclusión definitiva y acabada—, consideramos necesario avanzar en una valoración que pretenderá demostrar que la postura actual del magisterio eclesial sobre el tema en análisis, pese al tono categórico con que se enuncian sus declaraciones oficiales, resulta ser, a poco que se profundice la investigación en torno a ella y en términos de Marciano Vidal "más matizada de lo que a simple vista parece".

Es así como nos ubicamos frente a una postura en cierta medida paradójica: por un lado se recurre a datos biológicos de los que se efectúa una lectura positivamente científica

<sup>21</sup> Pour une réforme de la législation française relative à l'avortement, Études 12, 1973, p. 71; citado por Vidal, Marciano, op. cit., p. 72.

<sup>22</sup> Concordantemente Zannoni: "una corriente de teólogos considera que el status plenamente humano no puede predicarse del embrión antes de su anidación en el útero", op. cit., p. 71.

para fundar la doctrina del comienzo de la vida humana desde la fecundación, de lo cual es claro exponente el n° 13 de la ya referida Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe: "La ciencia genética aporta preciosas confirmaciones. Ella ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será este ser viviente, a saber: un hombre y un individuo, provisto ya con todas sus notas propias y características. Con la fecundación ha comenzado la maravillosa aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar".

Por otro lado, las posturas son escépticas en cuanto a la virtualidad de la ciencia para determinar la condición antropológica del ser en gestación: "No es incumbencia de las ciencias biológicas dar un juicio decisivo acerca de cuestiones propiamente filosóficas y morales, como son la del momento en que se constituye la persona humana" (n° 13). Si simultáneamente advertimos, como lo hace Marciano Vidal, el modo como se "desconecta" la afirmación ética sobre el valor de la vida humana desde el encuentro de los gametos, de la cuestión antropológica sobre su status ("se trata de una discusión filosófica de la que nuestra doctrina moral es independiente"; n° 13, nota 19), coincidiremos en señalar la ambigüedad de la doctrina oficial católica sobre el punto en discusión. Y aún más decisivo: "deja la cuestión antropológica abierta, aunque moralmente la cierra siguiendo la orientación tuciorista..." De este modo, leemos "Esta Declaración deja intencionadamente a un lado la cuestión del momento de la infusión del alma espiritual. No hay sobre este punto una tradición unánime, y los autores están todavía divididos" (n° 13, nota 19). "Por otra parte, es suficiente que esta presencia del alma sea probable (y jamás se demostrará lo contrario) para que arrebatarle la vida sea aceptar el riesgo de matar a un hombre, no solamente en expectativa, sino ya provisto de su alma".

De estas últimas consideraciones nos resulta claro, pues, que la doctrina oficial de la Iglesia Católica hace una valoración de hecho en cuanto a que la vida del ser en gestación es ya humana, pero en modo alguno admite cerrar en el plano teórico la discusión sobre el momento de la animación. Esta afirmación nos servirá de base para adelantar lo que constituirá nuestra propuesta en torno al tema del comienzo de la vida personal: dado que desde las principales disciplinas del saber humano parece haber firme concor-

dancia en cuanto a considerar que el embrión no admite su ubicación en el género "cosa" y que, por lo contrario, la vida humana o potencialmente humana merece respeto desde el momento de la fecundación, consideramos que se impone una redefinición del objeto de la discusión y proponemos sobre la base de aquélla un traslado del debate del ámbito científico, religioso, filosófico, sociológico, ético, al normativo.

En efecto, a poco que se analicen las conclusiones que cada área del saber permite extraer con relación a nuestro tema, se advertirá como nota invariable en cada una de ellas la imposibilidad de emisión de un juicio unitario y acabado. En cada disciplina subyace algún rasgo de ambigüedad, una marcada "provisionalidad" de la postura asumida; en algunos casos, hasta un cierto relativismo. Y es que, a menos que la actitud tienda a dogmas o posturas oficiales, el debate en un área cíclicamente renovada por permanentes avances y descubrimientos científicos, un área en donde cada día de nuevos estudios puede representar lo que fuera otrora una época o estadio en la evolución del pensamiento, no puede de ningún modo cerrarse o definirse.

Hecha esta afirmación, sugerimos pues un sinceramiento en cuanto al tema: no se trata de hallar unanimidad respecto del exacto momento en que la vida se personaliza o humaniza, lo que nos obligaría a continuar caminando en círculo, sino de aceptar, por existir concordancia suficiente, que la vida potencialmente humana es merecedora de tutela desde la concepción, que el embrión —persona o no— es cuanto menos "vida atribuible al ser, como sujeto del derecho"<sup>22</sup>.

Desde este punto podrá organizarse como es debido la adecuada protección legislativa de esa vida que se reputa jurídicamente respetable, legislación que en este estadio de la profundización de los estudios sobre la materia nos parece imperiosa. Lo que presupondrá el abandono de actitudes tabulísticas, temerosas de que un sinceramiento legislativo del tema abra las puertas del caos. Corresponde pues, reiteramos, dar respuesta al tema desde lo normativo, el único campo que podrá cerrar positivamente una discusión que en áreas humanísticas no podrá definirse jamás. Una discusión que, sin un correlato de respuesta a lo que es hoy la necesidad normativa social, tiene ya el innegable sabor de lo bizantino.

<sup>22</sup> Zannoni, *op. cit.*, p. 89.

### 5. PROTECCIÓN DE LA VIDA NACIENTE EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

"Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas" (art. 70, Cód. Civil).

"¿Faltó valentía para decirlo todo?" (Santos Cifuentes. El maritimus).

#### a) Planteo inicial. Los artículos 63 y 70 del Código Civil argentino

Hasta aquí, hemos estudiado la problemática acerca del comienzo de la vida humana desde ángulos diversos, proyectados por la noción de interdisciplinariedad. Pasamos ahora a la elucidación del tema desde la óptica que consideramos más fundamental: la jurídica. Y así la calificamos, no obstante reconocer su carácter necesitante del aporte de otras disciplinas —prueba de ello pretenden ser los anteriores apartados— por la idea que subyace a nuestro trabajo todo, explicitada ya al concluir el punto anterior: es menester dar respuesta al tema desde lo normativo.

Para ello seguiremos diversos pasos, comenzando por una presentación de la óptica de Vélez Sársfield en nuestro Código Civil, e intentando alcanzar tal acercamiento desde la objetividad de lo positivo. Aquello que la exégesis de la doctrina afirma es la posición del codificador, merecerá estudio inmediato posterior.

Conforme al art. 70 del Cód. Civil: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento quedan adquiridos algunos derechos, como si ya hubiesen nacido". En sentido consecuente, el texto del art. 63 del mismo ordenamiento establece: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno".

Un análisis aislado de tales disposiciones permitiría concluir que, cualesquiera que sean las dudas y ambigüedades en otras áreas del saber humano, nuestro derecho positivo clausura, por conducto del Código Civil, todo debate: aun antes del nacimiento, el ser debe considerarse persona. Principio, por lo demás, notablemente innovador, desde que un examen comparado hace posible advertir que no es éste el criterio adoptado por la generalidad de las legislaciones extranjeras, para las cuales el comienzo de la personalidad humana tiene lugar en el momento del nacimiento, con

sólo una excepción: la ficción de tener al concebido por nacido cuando se trate de alguna adquisición a favor suyo<sup>24</sup>.

Todo lo cual viene a dar cuerpo al sistema de una doctrina ciertamente mayoritaria que sostiene sin ambages el apartamiento de Vélez Sársfield de la solución romanista para afirmar, en cambio, el sistema consagrado por Freitas.

Sin embargo, afortunadamente hallamos diversas opiniones que contribuyen a formar una visión desmitificadora del criterio de nuestro Código Civil. Una primera solución extrema contraria, precisamente a propósito del tema de la fecundación asistida, es la de Alberto Bueres, para quien "los arts. 63 y 70 son terminantes al otorgar relevancia a la concepción en el seno materno, de donde el acto fecundatorio extracorporal sería insuficiente para que la ley acuerde personalidad al elemento así conformado, por la unión del espermatozoide y del óvulo. En consecuencia, la implantación del embrión en el útero de la mujer marca el momento determinante de la aplicación de la cualidad jurídico formal al soporte óptico"<sup>25</sup>. Y luego, argumentando con una petición de principios, afirma: "Si la fecundación frustrada extrauterinamente no puede considerarse aborto, mal puede concebirse que la personalidad es proporcionada al ser antes de su implantación en la cavidad materna"<sup>26</sup>. Bien que ilustrativo a los efectos de una revisión crítica del principio tan absolutamente afirmado, no coincidimos con el criterio de Bueres: nuestro Código Civil, sancionado con anterioridad al surgimiento de la problemática relacionada con la fertilización *in vitro*, no pudo más que aludir a la concepción en el seno materno. En rigor, tal explicitación comportaba, a la sazón, una redundancia, pues la concepción no resultaba imaginable en otro ámbito.

Aún más extrema, por ser genérica, es la postura de Salvat quien, efectuando un estudio crítico del Código Civil, concluye que el sistema de aquél no es conforme a la realidad de los hechos pues, en el orden natural, una persona supone una individualidad distinta de las demás, con vida propia e

<sup>24</sup> Arts. 1º, 1933, 2043, ap. 2º, 2141, Secs. 2108 y 2178, Cód. Civil alemán; art. 29, Cód. Civil español; art. 1º, Cód. italiano; arts. 725 y 906, Cód. francés; art. 4º, Cód. brasileño; art. 46, Cód. portugués de 1966. Conf. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Parte general, t. I, p. 247.

<sup>25</sup> Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Abarca, 1979, p. 119-120.

<sup>26</sup> Bueres, *ibidem*.

independiente; así, afirma que el concebido orgánicamente no es más que una entraña de su madre, viviendo y nutriéndose a sus expensas, siendo que cualquier alteración del organismo materno repercute sobre él, por lo que —sostiene— ha sido un error reputarlo persona ya existente<sup>27</sup>.

Pero sin duda la opinión de Orgaz es, en este punto, la afirmada con extremismo mayor. El mencionado autor ha criticado la solución del Código afirmando que ella no está de acuerdo con la noción de persona humana "que alude al hombre sólo después del nacimiento, es decir, cuando ha adquirido vida individual y autónoma". Así, sostiene, el concebido depende y forma parte del cuerpo de la madre: para visceram matris. Por otra parte, no considera concluyentes los argumentos de Freitas recogidos por Vélez Sarsfield al anotar el art. 63 del Código para apartarse de la tradición romanista, y avanza aún más al interpretar que esa solución legislativa obedece al equívoco en que se incurre al asimilar vida humana con persona humana. "Es indudable —dice— que la vida humana comienza con la concepción, pero otra cosa es establecer desde cuándo existe persona humana, concepto éste más estricto y que supone, según dijimos, la vida individual y autónoma: desde la concepción hay vida humana, pero sólo desde el nacimiento hay persona, porque solamente desde este momento se dan aquellas notas características"<sup>28</sup>.

Subyace, en fin, al sistema de Orgaz, la idea de que la ley brinda amparo a los intereses y a la vida misma del concebido ante la eventualidad que encarna, y no porque admita que constituye persona actual. La vida humana es respetada frente a la potencial futura personalidad, pero sin embargo antes del nacimiento completo no existe sustrato real, lo que Cifuentes denomina "el sustentáculo de la personalidad". Luego, en el estadio más original de su exposición, Orgaz desarrolla su ataque al sistema del Código Civil fundándose en la contradictoria solución del art. 74, incompatible con el criterio que afirma la personalidad del por nacer. En virtud de dicha norma, precisamente recogida del sistema de Freitas, se establece: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido".

<sup>27</sup> Salvat, Raimundo, Tratado de derecho civil argentino. Parte general, 6ª ed., p. 208-211.

<sup>28</sup> Orgaz, Alfredo, Personas individuales, Bs. As., 1946, p. 32-34.

Como se advierte, ello tiene igual significado que afirmar el carácter condicional o imperfecto de la personalidad del "nasciturus".

Orgaz es el primero en advertir la inconsistencia del art. 74, respecto del sistema consagrado a partir del art. 70: "Establecida la inútil ficción de la personalidad del feto, la ley no podía salir de ella naturalmente, sino mediante otra ficción: la de que, naciendo muerto, se considerará como si nunca hubiese existido"<sup>28</sup>.

Por su parte Cifuentes, que pese a encenderse contra el criterio que niega personalidad al por nacer, flexibiliza con madurez jurídica su propio pensamiento, se une a Orgaz en su aguda crítica a la solución del art. 74 y propone, para tornar más patente la contradicción que denuncia, una particular paráfrasis de la norma: "eres persona porque tienes vida y por ello te doy derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos, física y jurídicamente... Pero, si naces sin vida es como si nunca lo hubieresses sido. Eres pero puede que no hayas sido"<sup>29</sup>.

Ahora bien: este último autor alude a un "trípode" de disposiciones que dan cuerpo a una parcial inconsistencia en el sistema del Código Civil. Así, al art. 74 se suman el art. 64 y la nota al art. 3290. De acuerdo con el primero de los preceptos citados, "tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia".

Siendo el nasciturus, por su condición física, un incapaz de hecho absoluto, equiparado tanto por Freitas como por Vélez al menor impúber, al demente, al sordomudo que no puede darse a entender por escrito y al ausente declarado tal en juicio, correspondía establecer que quien hubiese de representarlo, pudiese realizar en su nombre y por su cuenta, los actos jurídicos convenientes al cuidado de su persona así como de los bienes que hubiese adquirido. Sin embargo, uno y otro, una vez afirmada con énfasis la personalidad del concebido, procedieron a estrecharla de modo ostensible por vía de la limitación en cuanto al reconocimiento de los derechos que le son asequibles. En consecuencia, afirmada la personalidad, se retacea, sin embargo, la normal aplicación del principio de la representación necesaria a todo incapaz de hecho.

<sup>28</sup> Citado por Cifuentes, Santos, El "nasciturus", ED, 18-940.

<sup>29</sup> Cifuentes, op. cit., p. 941.

Por fin, refiriéndose a la capacidad del concebido para suceder por título universal, manifestó Vélez Sarsfield en la nota al art. 3290 que "el hijo en el seno de la madre, tiene sólo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual". Es que, entonces, y como era criterio en el derecho romano, al concebido sólo se lo tiene por nacido cuando de su beneficio se trata. ¿Cómo conciliar los tres enunciados del codificador con la categórica afirmación de personalidad del art. 70?

Transcribimos en este punto a Cifuentes: "Luego de un análisis meditado de las disposiciones que me preocupan, he llegado a la conclusión de que, tanto Freitas como Vélez consagraron su criterio pero sin absoluta convicción, y no lo aplicaron ampliamente, en profundidad, abarcando de lleno y en especie todas las consecuencias jurídicas posibles... se ha retaceado el principio, digno de mayor suerte y extensión. Paradójicamente, después de afirmarse con énfasis la personalidad, caso único en la proyección de las personas de existencia visible, se la puso en tela de juicio al asentarla sobre la inestable base de una condicio iuris resolutoria".

Y, por fin: "¿Faltó valentía para decirlo todo?"<sup>21</sup>.

**b) La solución del tema en el ordenamiento argentino como plero normativo integral**

De lo expuesto hasta aquí puede extrapolarse como principio uniformemente admitido, el que propende a la protección de la vida humana desde la concepción (conf. criterio de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, agosto de 1989, párr. 4.1: "El embrión debe ser protegido desde la concepción *in vivo* o *in vitro*". Pero todavía tropezamos con las dificultades que el sistema del Código Civil comporta.

Sin embargo, a poco que advirtamos la necesidad de buscar soluciones en el ámbito integrador del ordenamiento jurídico como conjunto normativo armónico, concluiremos que la solución viene explícitamente dada por otro dispositivo legal más preciso y contundente que el del Código Civil, y que forma parte de nuestro derecho positivo: la Convención celebrada en San José de Costa Rica en 1989, en cuyo Preambulo los Estados americanos signatarios afirmaron su compromiso en el sentido de consolidar en el continente sistemas democráticos, y un régimen de libertad personal y

<sup>21</sup> Cifuentes, *op. cit.*, p. 938, 939 y 944.

de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, los que "no nacen del hecho de ser miembros de determinado Estado Nacional, sino que tienen como fundamento los atributos de la personalidad humana".

Como proyección de tal principio, el art. 4º, inc. 1º, establece 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". Se sostiene que, de este modo, encuentra solución el inconveniente presentado por aquellas codificaciones —como la argentina— sancionadas con carácter previo al desarrollo de la técnica de fertilización *in vitro*, y en un tiempo en que resultaba suficiente brindar protección a la persona por nacer "desde la concepción en el seno materno". El Pacto de San José de Costa Rica, en cambio, consagra la protección del derecho a la vida, sin aludir al "status legal" del nasciturus, simplemente a partir de la concepción.

Siguiendo este razonamiento, concluimos que puede afirmarse ya sin vacilaciones que el derecho positivo argentino protege la vida generada a partir de la fusión de las células germinales, tratándose, incluso, de una fecundación extracorporal. Por lo que se enfatiza —en concordancia con uno de los criterios básicos de nuestro trabajo— la necesidad de dar cumplimiento a la pertinente adecuación legislativa por los Estados parte, como la Argentina, que aprobó la Convención por ley 23.054 (B.O., 27 de marzo de 1985). En palabras de Pedro Hooft: "Implica un deber inexcusable de los Estados americanos... so pena de quedar marginados —desde una perspectiva ética— de la comunidad continental"<sup>22</sup>.

La solución, sin embargo, dista en grado considerable de revestir la sencillez pretendida por una postura como la reseñada, como observa agudamente Bossert<sup>23</sup>. Este autor opone una doble objeción a la admisión incondicionada de que la Convención protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción. En primer lugar, dicho instrumento internacional, bien que temporalmente mucho más próximo al desarrollo de las técnicas —y particularmente a la fertilización *in vitro*— que las codificaciones civiles, no llega a prever las más trascendentes hipótesis que presupone actualmente la manipulación embrionaria (como la criocón-

<sup>22</sup> Hooft, Pedro, *Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica*. La protección de la vida humana naciente, ED, 134-687 y 688.

<sup>23</sup> Bossert, Gustavo A., *Fecundación asistida*, JA, 1988-IV-881 y 882.

servación de embriones, a la que específicamente refiere su reflexión Bossert), con lo que no llega a erigirse en un posteriús respecto de aquellos supuestos, científicamente desarrollados en años siguientes a su cristalización como cuerpo normativo internacional.

En segundo término, la Convención incorpora una fórmula de clara elasticidad —“y en general, a partir del momento de la concepción”— que responde al propósito de evitar la posible incompatibilidad o incongruencia respecto de soluciones plasmadas por los respectivos derechos internos de los países signatarios en torno, por ejemplo, a la eventual admisión del aborto por razones terapéuticas, económicas o de otra índole y, precisamente, a la posibilidad de manipulación y aun descarte embrionario.

Con lo que, a nuestro juicio y por conducto del razonamiento precedente, que consideramos incontestable, tenemos por subsistente el vacío normativo en punto al momento desde el que se tutela el derecho a la vida en nuestro ordenamiento positivo, no obstante la palmaria colisión de este vacío o laguna con el criterio mayoritariamente sostenido de *lege ferenda*.

### C) FERTILIZACIÓN “IN VITRO”: EL JUICIO ÉTICO

“No es la ciencia la que va a determinar el uso de la ciencia. La ciencia en sí no puede infundirnos una ética. Nos puede mostrar el modo de lograr un fin dado, y nos puede demostrar que hay fines que no pueden lograrse. Pero entre los fines que pueden lograrse, nuestra elección tiene que estar dictada por algo más que consideraciones puramente científicas” (Bertrand Russell, *Diccionario del hombre contemporáneo*).

## 6. CONSIDERACIONES GENERALES

“Los criterios de discernimiento han de ser señalados en relación con cada práctica biomédica concreta”. La frase de Javier Gago resume con exactitud el principio que consideramos de primer orden para el abordaje del juicio ético aplicado a la fertilización *in vitro*: subrayar la necesidad de evitar un rechazo apriorístico y global de la técnica, así como denunciar el carácter falaz de las argumentaciones que, partiendo de juicios éticos conteniendo un disfavor

respecto de algunos de los aspectos de aquélla, encubren la cierta intencionalidad de descalificarla en su conjunto. Animados por esa meta, comenzaremos por discriminar aquellos juicios éticos que son —explícita o implícitamente— contrarios a la fertilización *in vitro* y, aun, a la fecundación asistida como tal, para detenernos luego en cada una de las objeciones que, en particular, se efectúan a la técnica en estudio en sus diversas variantes (la fertilización *in vitro* dentro del matrimonio estéril, la fertilización *in vitro* con donación de gametos, la fertilización *in vitro* fuera del matrimonio).

### 7. LA OBJECCIÓN GENÉRICA A LA FERTILIZACIÓN "EN VITRO"

El presente apartado podría en rigor llamarse "la objeción genérica a la fecundación asistida", bien que, dado el acotamiento temático que nos impusimos, preferimos presentarlo del modo indicado.

No obstante, quede claro que la objeción es, pues, mucho más profunda: no parte de una valoración ética desfavorable respecto de lo que la técnica es, del uso que de ella se hace, de los fines a los cuales se la aplica, ni siquiera de las consecuencias que su utilización comporta. La objeción, en cambio, lanza su ataque contra lo que la técnica significa.

Así, la "filosofía subyacente" a la fertilización *in vitro* es, en sí misma, fustigada desde dos diversos órdenes de argumentación, bien que conectados entre sí.

El primer orden de objeciones es de carácter religioso, y resulta un natural corolario de la concepción teológica de la procreación como cooperación con la obra de Dios: la transmisión de la vida humana, en definitiva, queda en manos de los hombres para un ejercicio que se espera libre y responsable, pero, señalan, en el sustrato más profundo de su realidad, no es sino una participación en el don de la procreación. Siguiendo esta orientación se ubica el actual magisterio eclesialístico, y se lee así, en el Concilio Vaticano II, que "los hijos son el don más excelente del matrimonio", siendo que los esposos en la transmisión de esa vida humana tienen "una participación especial en la propia obra creadora de Dios" como "cooperadores del amor de Dios Creador y como sus intérpretes" (Constitución *Gaudium et Spes*, n° 50). Concordantemente, según Juan Pablo II, "no se agota (el amor conyugal) dentro de la pareja, ya que los hace capaces

de la máxima donación posible, por la cual se convierten en cooperadores de Dios en el don de la vida a una nueva persona humana" (*Familiaris Consortio*, n° 14).

Para esta gratuita entrega, Dios llama a los cónyuges "a una especial participación en su amor y al mismo tiempo en su poder de Creador y de Padre, mediante su cooperación libre y responsable en la transmisión del don de la vida humana" (*Familiaris Consortio*, n° 28).

El segundo orden de argumentaciones contrarias viene dado por la apelación al orden natural, bien que con grados diversos de profundidad y aun de sinceridad en el acercamiento al tema.

Entre nuestros doctrinarios, Mazzinghi es uno de los que apela prácticamente con exclusividad al juicio sobre el orden natural para fundar su incondicional repudio a la técnica estudiada. Así, leemos: "Como tantos otros casos, la satisfacción de una aspiración individual, aunque sea legítima, no justifica que el orden natural sea violado"<sup>24</sup>. En este punto, no podemos dejar de señalar que el argumento en estudio no se agota en el rechazo de la fecundación asistida, sino que, del modo más falaz, es utilizado en ocasiones para derivar, de esa supuesta vulneración a la secuencia de hechos naturales, una crítica absolutamente indiscriminada en donde hipótesis de la más diversa naturaleza son deliberadamente confundidas para su idéntico repudio por vía de una objeción común. Leamos nuevamente a Mazzinghi: "Analizaremos algunas de las interrupciones posibles:

a) La primera es la anticoncepción. La ciencia aparece a menudo como servidora sumisa de los caprichos humanos más egoístas. En el caso que nos ocupa se muestra como agente eficaz de la fecundidad, pero paralelamente ofrece medios sencillos y al alcance de cualquiera para evitar que del acto sexual resulte la concepción del nuevo ser.

b) La segunda posibilidad consiste en la interrupción de la gestación y se llama aborto, crimen felizmente individualizado como tal por la ley argentina, aunque presentado como una conquista de la libertad femenina por leyes francesas e italianas de reciente sanción.

\* Las bastardillas, correspondientes a expresiones del doctor Mazzinghi, son nuestras.

<sup>24</sup> Mazzinghi, Jorge, Breve reflexión sobre la fecundación "in vitro", L.L., 1978-C-934.

c) Una vez nacido el niño, el proceso se interrumpe cuando a raíz del divorcio vincular el hijo queda imposibilitado de recibir el aporte formativo de uno de sus padres... La inseminación artificial, y especialmente la FIV, constituyen otros modos de fracturar el proceso que sumariamente hemos descrito<sup>25</sup>. Y una advertencia: "la violación del orden natural raramente es gratuita: suele traducirse en efectos que parecen una revancha de la naturaleza ofendida"<sup>26</sup>.

Creemos que una tal línea discursiva habla por sí sola y revela palmariamente las gigantescas resistencias que deben afrontar quienes consagran sus esfuerzos y su fe al progreso de una naturaleza perfectible. Por nuestra parte, no podemos sino confesar una absoluta disconformidad con los argumentos invocados para el rechazo sin reservas de la fertilización *in vitro*. Argumentos que en su dimensión y significación religiosa respetamos, pero que hipertrofiados en su dogmatismo consideramos ciertamente grotescos. Como señala Zannoni, la llana sumisión del hombre a la naturaleza sin el coraje de asumirla, facilitarla y perfeccionarla en sus diversos procesos, tornaría impensable toda actividad quirúrgica, cualquier ingestión de fármacos sintéticos o antibióticos, y con mayor énfasis los trasplantes de órganos y materiales anatómicos o la extirpación de tumores<sup>27</sup>.

Consideramos, en fin, que el desarrollo integral del hombre fue y es posible porque hubo quienes se atrevieron y aún se atreven a decir "no" al orden de la naturaleza en nombre de su fe en la evolución y el progreso, lo cual dependió —y como podemos apreciar, todavía depende— de su capacidad de resistir y oponerse a los perimidos argumentos de aquellos otros empeñados en silenciar los pensamientos nuevos por su firme creencia en la insensatez de cualquier cambio.

### 3. OBJECIONES ESPECÍFICAS A LA FERTILIZACIÓN "IN VITRO"

#### a) El "caso simple"

1) Superación de dos objeciones iniciales. Teniendo en cuenta nuestro objetivo de evitar a todo trance cualquier

<sup>25</sup> Mazzinghi, *ibidem*.

<sup>26</sup> Mazzinghi, *op. cit.*, p. 224-225.

<sup>27</sup> Zannoni, *op. cit.*, p. 71, nota 35.

orden de generalización ("los criterios de discernimiento han de ser señalados en relación con cada práctica biomédica concreta") proponemos, desde el presupuesto de aceptar la legitimidad de la técnica en sí, la consideración particularizada de las diferentes aristas conflictivas que presentan sus diversas variantes, comenzando por el estudio de la fertilización "in vitro" dentro del matrimonio estéril (lo que ha dado en llamarse "caso simple"). Siguiendo a Gafo<sup>35</sup>, establecemos en primer término que el ámbito del "caso simple" queda circunscripto por los parámetros que siguen: a) recurso a la técnica como solución terapéutica; b) por parte de una pareja casada infértil; c) utilizando gametos de los propios esposos; d) implantando todos los embriones en el útero de la esposa.

Este acotamiento del "caso" comporta la implícita superación de dos objeciones por considerarlas desprovistas de toda entidad. La primera de ellas parte de una actitud de eterna acechanza de quienes intuyen, tras el "telón" de la fertilización in vitro, invariables y espeluznantes prácticas: "que la FIVET sea sólo un telón que se utilice para realizar con mediana legitimación otro tipo de técnicas"<sup>36</sup>. Y aun, "al examinar la bibliografía sobre el tema, se tiene la impresión de que el verdadero objetivo internacional es precisamente éste: la experimentación; la curación de la infertilidad es quizás un pretexto o un momento de la voluntad de experimentar con el embrión humano sin remordimientos jurídicos"<sup>37</sup>.

La segunda de dichas objeciones va referida a uno de los presupuestos procedimentales de la técnica: el método para la obtención del esperma, esto es, la masturbación. Así, leemos en Mazzinghi: "Nuestros reparos comienzan porque, como se ha dicho a propósito del tema, la obtención del esperma supone la masturbación del hombre abocado a proveerlo, o sea que el medio utilizado en su procura es antinatural e inmoral"<sup>38</sup>.

El argumento es calificado como "sorprendente" por Zannoni, para quien (además de que el método no es de rigor, pues el esperma puede obtenerse por masajes y medios

<sup>35</sup> Gafo, op. cit., p. 71.

<sup>36</sup> Andruet, op. cit., p. 817.

<sup>37</sup> Sagnepcia, E., *Piccolo, infinitesimo*, como, citado por Andruet, *ibidem*.

<sup>38</sup> Mazzinghi, op. cit., p. 993. Cita como apoyo de su objeción a Pio XII en el "Discurso al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Estilidad".

eléctricos, como la electroeyaculación —aunque existirían indicios acerca del menor poder fecundante del material genético así obtenido— resulta francamente absurdo predicar la supuesta inmoralidad de un acto terapéutico necesario cuya finalidad no es, como afirma Di Ció, "procurar solitariamente goce sensual". "Del mismo modo —señala Zannoni— debería predicarse la inmoralidad de los espermogramas"<sup>41</sup>.

2) El respeto a la calidad humana del embrión. Este punto, el más fundamental quizá por su significado en el conjunto de nuestro trabajo, retoma el ya estudiado tema del "comienzo de la vida humana" desde sus diversas vertientes. E importa un insoslayable objeto de análisis en todo estudio serio y meditado de la técnica.

Si bien las consideraciones a efectuar son de índole diversa, subyace en ellas un principio común: el respeto del derecho a la vida, conclusión del capítulo sobre el inicio de la existencia humana.

Este principio constituye un *prius* invariable para prácticamente todos los autores, un punto de partida en el que se unifican sus criterios cualesquiera sean sus posteriores diferencias en cuanto a las objeciones en particular. Pero, contestes en este principio, las opiniones difieren cuando de objeciones procedimentales a la fertilización *in vitro* se trata.

Sostiene Armando Andruet que al menos tres momentos sucesivos importan comprometer o exponer con intensidad mayor o menor la vida humana<sup>42</sup>. A su juicio, son ellos:

a) La fase de experimentación con anterioridad al éxito del procedimiento de fertilización *in vitro*. Concordantemente, sostiene Roberto Andorno que la puesta a punto de la técnica ha requerido experimentos —cultivo de embriones, etc.— que implican la manipulación y pérdida intencional de embriones humanos<sup>43</sup>.

b) El descarte embrionario, en casos de fertilizaciones múltiples, con anterioridad al transfer propiamente dicho; o la alternativa señalada por Andorno, relativa al eventual

<sup>41</sup> Zannoni, *ibidem*.

<sup>42</sup> Andruet, *op. cit.*, p. 609.

<sup>43</sup> Andorno, Roberto, *Fecundación humana "in vitro" y el valor de la vida humana*, ED, 120-84.

congelamiento para su posterior utilización luego de lo que considera un seguro estado de experimentación.

c) La cierta posibilidad de abortos una vez efectuada la transferencia. "La técnica del transfer múltiple aumenta las posibilidades de éxito (implantación de un embrión) pero también implica, intencional y realmente, la pérdida de un mayor número de embriones. El solo hecho de que se implanten varios embriones está mostrando un porcentaje previsto de abortos"<sup>49</sup>.

Andorno agrega un cuarto "momento de riesgo".

d) El supuesto "control de calidad de la producción", que lleva a provocar intencionalmente el aborto en caso de advertirse malformaciones en el desarrollo embrionario.

Se advierte la diversidad de naturaleza de cada uno de los mencionados supuestos, en razón de lo cual constituirán el objeto de reflexiones particularizadas.

Comenzaremos por señalar que tanto el primero como el último de los referidos momentos no revisten importancia calificante para la configuración de la técnica en estudio: El iter constitutivo de la fertilización *in vitro*, tal como se desprende de los pasos descriptos en el primer apartado de este trabajo, no incluye con carácter necesario ni la fase experimental ni el descarte de embriones malformados. Bastará, pues, el ya afirmado límite del respeto a la vida humana como oposición a la eventualidad de esa práctica<sup>50</sup>.

Efectuadas las precedentes aclaraciones, nuestro tema queda pues re-limitado, nuevamente acotado a tan sólo dos órdenes de objeciones. En primer lugar, la referida al elevado porcentaje de abortos luego del transfer. Sabemos que, normalmente, la técnica impone, previa superovulación provocada en la mujer asistida, la extracción de varios óvulos para su posterior fertilización. El paso siguiente es la transferencia no sólo de un embrión, sino de dos, tres y

<sup>49</sup> Andorno, *op. cit.*, p. 949.

<sup>50</sup> Con relación al segundo de los mencionados supuestos, sin embargo, resulta de insoslayable referencia la posición de algunos autores que sostienen con similar argumentación la solución precisamente contraria, en la inteligencia de que lo inmorale es la implantación misma de embriones en tales condiciones deficitarias. En esta línea, y sorprendentemente desde su óptica religiosa, sostiene Gafo: "No a la implantación de los embriones anómalo. No parece éticamente admisible implantar aquellos embriones cuyos defectos morfológicos aparentes hacen prever un anormal desarrollo intrauterino". Gafo, *op. cit.*, p. 75.

hasta cuatro (más de ese número amplía el riesgo de embarazos múltiples y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo). Y en cuanto a este aspecto, la ciencia trabaja sobre la estadística de abortos espontáneos que siguen al múltiple transfer. En este punto observa Andruet que, transfiriéndose tres o cuatro embriones, el porcentual óptimo será igual a un 40 % de posibilidades de lograr un nacimiento, y un 1 % de obtener con una cuádruple transferencia embrionaria, un triple nacimiento. Dato por el cual concluye del modo siguiente: "la constatación numérica permite determinar la cantidad de homicidios que se realizan por transferencia, pues hay que recordar que si la cuestión hubiese sido naturalmente... habría sólo un embrión con posibilidades de sufrir un aborto por razones propiamente imputables al mismo genotipo"<sup>47</sup>. Por nuestra parte, aun cuando no desestimamos el carácter eminentemente voluntario de ésta y las otras técnicas (pues, como advierte Zannoni, no cabe perder de vista que la fertilización ha tenido lugar intencionalmente, interviniendo la voluntad humana en miras a un resultado)<sup>48</sup> concluimos, luego de estudiar los argumentos de uno y otro lado, que los abortos producidos con posterioridad al transfer no son provocados. Lo intencional es el recurso a la técnica en sí, en tanto aquéllos son resultado de una selección natural<sup>49</sup>.

3) *El descarte de embriones: planteo y solución jurídica.* Dejamos para el final, y en un apartado específico, la controversia sobre esta etapa de la fertilización in vitro, cuyo carácter no necesario afirmamos como apertura del análisis y al que dedicamos esta consideración particular por reputarla la más conflictiva del procedimiento. Los detractores de la técnica a los que hasta aquí venimos haciendo referencia, como Andruet, estiman que esta fase obedece a lo que llaman la "dialéctica matemática" (nata en la fertilización in vitro, y que el referido autor explicita así: "por una parte se anima extrínsecamente a la naturaleza para que produzca una proporción mayor de lo que naturalmente produce,

<sup>47</sup> Andruet, *op. cit.*, p. 829.

<sup>48</sup> Zannoni, *op. cit.*, p. 81.

<sup>49</sup> Conf. Zannoni, *op. cit.*, p. 82: "En la actualidad se calcula una pérdida del 30% al 50% de embriones implantados por abortos espontáneos. Esto, dicho sea de paso, no basta para invalidar la técnica, porque obviamente tales abortos no son intencionales ni provocados".

como son los óvulos, para luego proceder a su desecho, ...lo cual compromete seriamente la deontología médica".<sup>20</sup>

En este punto, haremos dos reflexiones. La primera de ellas se refiere a nuestra postura decididamente contraria al "descarte de embriones", fase —como señaláramos— no necesaria ni inherente a la técnica, por compartir la opinión que califica como arbitraria, a más de anticientífica, cualquier "tortificación" del derecho a la vida de acuerdo con la edad del ser que se protege.<sup>21</sup>

La segunda abre el debate sobre un aspecto complejísimo de la cuestión: afirmado el rechazo a la prescindencia de embriones, ¿cómo se organiza jurídicamente su adecuada protección? Y, más específicamente, ¿tal protección ya debe reputarse dada por vía de la incriminación del delito de aborto?

Para dar respuesta a este interrogante, Belluscio propone el examen del concepto de aborto (conducta tipificada como delito mas no definida en el art. 85, Cód. Penal) desde la doble óptica de lo gramatical y lo jurídico a los efectos de determinar si la destrucción o descarte embrionario debe estimarse comprendida en el reproche de la citada disposición legal.

Desde lo gramatical, ámbito eminentemente convencional que revela sin embargo concordancia en el sentido de definir al aborto como la acción de "parir antes del tiempo en que el feto puede vivir", concluye que la conducta de destrucción de embriones aún no implantados en el claustro materno no se corresponde con la acción aludida.

A idéntica conclusión arriba desde la óptica de lo jurídico, donde doctrina y jurisprudencia coinciden en la conceptualización del aborto como el acto que determina la interrupción del embarazo con muerte del feto, o la brusca expulsión del feto, o el quebrantamiento del proceso fisiológico de la preñez. A estar a estos conceptos, el delito de aborto exigiría la preexistencia de embarazo y consecuente frustración de una vida latente en el claustro materno, razón por la cual, desde esta perspectiva, es evidente que la fertili-

<sup>20</sup> Andruet, op. cit., p. 828-830.

<sup>21</sup> En este sentido Andruet, quien señala el carácter continuativo y permanente del proceso de ontogénesis y descalifica la actitud que deriva en la arbitraria fijación de "puntos" en la línea del desarrollo subjetivo indicativos de grados diversos de humanidad. *Ibidem*.

zación *in vitro* no resultaría subsumible en la tipificación de la figura delictiva que nos ocupa<sup>21</sup>.

Pese a la existencia de opiniones contrarias (Andorno, Cocco), destacamos la coincidencia de Bueres con el criterio establecido por Belluscio<sup>22</sup> y la inesperada concordancia de Mazzinghi, como hemos visto, férreo detractor de la técnica. Así, leemos en este último que: "Coincidimos con Belluscio en que esto no es aborto, porque para serlo debería consistir en la interrupción del embarazo, y no hay embarazo cuando el embrión no está alojado en el claustro materno"<sup>23</sup>.

¿Cuál será la protección deparada al embrión, pues, si consentimos que, desde la puridad de lo técnico-jurídico, no puede reputarse aborto —tal como hasta hoy esta figura se entiende— la conducta de destrucción o descarte embrionario? Nuestra respuesta, una vez más, recogerá un firme postulado de nuestro trabajo: la necesaria, insoslayable necesidad de la adecuación legislativa, tuitiva de los principios y derechos subjetivos que en doctrina se reconocen. Así, y coincidiendo por segunda vez con Mazzinghi: "Parece indispensable que el derecho positivo recoja la norma de moral social conforme a la cual es un delito contra la vida humana destruir los embriones vivos, que se desechan en el trabajo de laboratorio"<sup>24</sup>.

En igual sentido, Bueres señala que motivos de certeza y seguridad jurídica exigirían un pronunciamiento positivo del legislador sobre el punto, e igualmente Zannoni, de *lege ferendo*, estima que debería tipificarse como delito —que lleve consigo la inhabilitación para el médico, biólogo o profesional afín— la experimentación con embriones humanos que, respondiendo a fines eugenésicos o de otra índole, alteren o modifiquen los componentes genéticos originales que los formaron o impliquen una selección de caracteres genéticos<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Belluscio, Augusto C., *Aspectos jurídicos de la fecundación extra-corporal*, LL, 1978-C-82 y siguientes.

<sup>22</sup> Bueres, op. cit., p. 114. No obstante, este autor señala que, en atención a razones de certeza y seguridad jurídica, sería conveniente un pronunciamiento expreso del legislador sobre tan fundamental cuestión, debido a las diversas interpretaciones y consecuente controversia que ella puede suscitar.

<sup>23</sup> Mazzinghi, op. cit., p. 286.

<sup>24</sup> Mazzinghi, *ibidem*.

<sup>25</sup> Zannoni, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extracorporal*, Bz. As., Atrvea, 1978, p. 123.

4) *Reflexión final.* Para concluir el análisis de los aspectos éticos en la variante del "caso simple" en la fertilización *in vitro*, tal como quedara encuadrada, coincidimos con la valoración de Gafó en cuanto a que él ofrece las condiciones apropiadas para mantener en el terreno de lo éticamente aceptable la teleología de la técnica, siempre que se asegure la eliminación o neutralización de riesgos para el por nacer, la razonable proporción entre éxitos y fracasos así como el esperable equilibrio entre el llamado "derecho al hijo" y otros bienes individuales, familiares y sociales.

#### b) Otras variantes de la fertilización "in vitro"

Más allá del "caso simple" sobre cuyos puntos conflictivos hemos intentado arrojar luz, encontramos al menos dos casos en los que nos detendremos brevemente.

El primero de ellos es la fertilización "in vitro" con donación de gametos. En el juicio ético de este supuesto, coincidimos con quienes, en oposición a la postura que reivindica para sí una suerte de "perfeccionismo ético", sostienen que la personal decisión de la pareja infecundada orienta al recurso a esta variante para el logro de la concepción comporta una opción libre que, siendo responsablemente asumida por ambos miembros de la pareja, pertenece al ámbito de sus "acciones privadas" (art. 19, Const. Nacional).

En tal sentido, razona lúcidamente Gafó: "El juicio que demos sobre esto depende de la importancia que atribuyamos a cada elemento de la paternidad y maternidad humanas. ¿Es la paternidad genética un elemento tan central y constitutivo que, de no poder darse, no debe ser suplido con la donación de otro?... Ser padre es dar la vida, y la vida se da en un sentido más amplio que el de la mera aportación genética"<sup>47</sup>.

El segundo supuesto que consideraremos es el de la fertilización "in vitro" fuera del matrimonio, comprensiva a su vez de tres casos diversos: 1) el caso de mujeres solas (solteras, separadas, divorciadas o viudas); 2) el de parejas homosexuales, y 3) el de parejas heterosexuales no casadas.

Luego de un "análisis comparado" de opiniones doctrinarias vertidas en torno a este tema, debemos señalar como clara orientación mayoritaria la postura ética contraria a tales variantes de la fertilización *in vitro*. El argumento de-

<sup>47</sup> Gafó, *op. cit.*, p. 66.

cisivo es siempre el mismo: la protección de la filiación, fruto a su vez de la consideración del hijo como un valor en sí y no como un bien útil. Expondremos dos de las opiniones que más autorizadas juzgamos en este campo: Gafó, para quien postular como exigencia el ámbito matrimonial resulta un verdadero imperativo ético, y ello porque "aunque el matrimonio no garantiza totalmente la calidad del ambiente al que el hijo tiene derecho, no existe otro tipo de relación que se pueda reconocer como capaz de reemplazar convenientemente el ambiente que un buen matrimonio proporciona seguramente al niño"<sup>18</sup>.

Por su parte, Zannoni, para quien "la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independientemente de la función institucional que ella cumple socialmente", juicio que lo lleva a rechazar sin reservas la técnica tanto en mujeres solteras como en viudas que conservan su estado de viudez. Aun confesándose dubitativo en torno al caso de la pareja no matrimonial, se inclina al fin por un criterio restrictivo, en la inteligencia de que no debe privarse al hijo, siendo tal cosa posible, "de los beneficios de una familia completa"<sup>19</sup>.

Sin embargo, creemos que la discusión que rodea a este último supuesto no puede desatender la trascendente solución de la ley 23.264 que, acelerando la evolución del derecho de familia y adecuándolo a un tiempo que ciertamente presenció la socialización de las relaciones jurídicas<sup>20</sup> culminó el proceso tendiente a lograr la igualdad absoluta de filiaciones. Así, el art. 240 del Cód. Civil establece en su párr. 2º: "La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código". Consideramos que, frente a un tan contundente principio, no es posible mantener aquel trípode de casos (mujeres solas, parejas homosexuales y parejas no matrimoniales) para derivar de él una

<sup>18</sup> Gafó, op. cit., p. 74.

<sup>19</sup> Zannoni, Comunicación, en "Lecciones y Ensayos", n° 46, p. 74-75.

<sup>20</sup> Bossert y Zannoni vinculan la referida socialización con la reacción y el repudio que generara el voluntarismo racionalista del individualismo liberal. En el estado actual de una evolución ciertamente recogida por la ley 23.264, "los hijos no son formados ni educados para preservar una estructura autoritaria, sino para incorporarse armoniosamente a la sociedad y asumir con responsabilidad su actividad laboral y productiva futuras" (Zannoni, Eduardo A. - Bossert, Gustavo A., Régimen legal de la filiación y patria potestad, Bs. As., Astrea, 1997, p. 6-8).

genérica descalificación con referencia al fenómeno de procreación asistida, desde que en la última hipótesis el derecho a la filiación del nuevo ser se encuentra expresamente resguardado. Ello, sea que el compañero de la mujer que convive maritalmente de hecho reconozca o no al hijo, antes o después de practicada la técnica, puesto que, por la prescripción del art. 257 del Cód. Civil, "el concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario". Señalamos, por fin, que éste es el criterio por el que claramente se inclinan tanto las recomendaciones de la Comisión Warnock como el Proyecto preliminar del Consejo de Europa, desde que ambos aluden al matrimonio o "pareja".

#### D) FERTILIZACIÓN "IN VITRO" Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

##### 9. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

El art. 242 del Cód. Civil en su redacción actual, consagra —en norma común a la maternidad matrimonial y extra-matrimonial— que: "La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado de médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido".

En nuestro estudio relativo a la fertilización *in vitro*, ninguna duda cabrá en cuanto a la aplicación lisa y llana de tal precepto (art. 242) cuando exista identidad entre la mujer cuyo óvulo es fecundado y aquella que lleva adelante el embarazo y el parto. Sin embargo, ¿cuál será la solución tratándose de una fecundación extracorporal en que la mujer que aporta la célula germinal no es la misma a la que luego se implanta el embrión? A título de ejemplo, cuando la esposa es estéril por carencia de ovulación, lesiones ováricas, etc., aunque no medie impedimento para la recepción en su útero de un embrión producto de la fecundación del óvulo de una donante o dadora y el subsiguiente desarrollo

del embarazo<sup>61</sup>. Ante todo, corresponde señalar que, no obstante los potenciales conflictos que en punto a la determinación de la filiación —materna y paterna— se intuyen a poco de aproximarse tan sólo al supuesto, operará la tradicional máxima según la cual *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y en razón de ello, como solución apriorística, deberá reputarse determinada la maternidad por el parto de la mujer que dio a luz al niño (art. 242). Por otra parte, siendo la mujer casada, el nacimiento determina la operatividad de la presunción de paternidad del marido de aquélla (art. 243), por lo que, en principio, el nacido quedará emplazado como hijo matrimonial de ambos.

#### 10. IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD

La impugnación de la maternidad es la acción que ataca el vínculo entre el hijo y la mujer que aparece como su madre, y está contemplada en el art. 261 del Cód. Civil (texto según ley 23.264) en los siguientes términos: "La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo". Vigente el art. 261 anterior, la doctrina nacional interpretaba que resultaban comprendidos en la norma dos diferentes supuestos: suposición de parto y sustitución del verdadero hijo. Como señalan Zannoni y Bossert, la hipótesis de fertilización *in vitro* mediante óvulo de donante e implantación del embrión en el útero de la mujer integrante de la pareja asistida, dan actualidad —cuanto menos desde lo estrictamente biológico— a un supuesto ni siquiera sospechado por nuestro codificador ni por la doctrina, hasta un tiempo relativamente reciente.

Así expuesto el tema, se advierte, por parte de la doctrina, la ubicación en una de las siguientes posturas:

a) Considerar que, dado el texto expreso del art. 242, no cabe discusión alguna en torno a la determinación de la maternidad, aun cuando la fertilización *in vitro* se verifique con óvulo de dadora. En esta línea se ubican Belluscio y Vidal Martínez. Conforme al primero (analizando la acción de impugnación de la maternidad del art. 261), además de las hipótesis de suposición de parto y sustitución de hijo, "pudo concebirse también que se desconociese la materni-

<sup>61</sup> Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 230.

dad en los casos de fecundación extracorporal de óvulo de otra mujer o de trasplante de embrión; esa posibilidad habría desaparecido si se admite que actualmente la maternidad está determinada por el parto y no por la ovulación"<sup>81</sup>.

b) La segunda postura es compartida por quienes, ante la elocuencia del texto del art. 261 y la legitimación activa a que autoriza el art. 262 ("La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo"), no se contentan con la invocación del art. 242, ante la evidencia de aquellas otras dos normas cuya claridad no pueden soslayar.

En esta línea se ubican, entre otros, Zannoni y Bessert. Dichos autores, cuya propuesta de bifurcación de la hipótesis inicial aceptaremos, plantean una doble posibilidad:

1) Fertilización *in vitro* con óvulo ajeno, mediando consentimiento del marido de la mujer que da a luz al nacido. Ante todo, corresponde señalar que en el proyecto de ley sobre cuya base la Comisión del Senado redactara el texto discutido y aprobado el 26 de septiembre de 1984, se contemplaba expresamente el supuesto en estudio. Era el propuesto art. 260, según el cual: "El marido no podrá ejercer la acción alegando que su esposa no es la madre por haber mediado fecundación extracorporal con un óvulo que no es el de ella si medió consentimiento de ambos cónyuges para su implantación luego de su fecundación".

Lamentablemente, tal precepto no fue incluido en el texto finalmente aprobado; el argumento esgrimido resultó ser que la aún escasa práctica de la fertilización *in vitro* en nuestro país "puede hacer que una reforma en este aspecto precipite consecuencias no queridas que desvirtúen el fin que se haya tenido para implantarlas"<sup>82</sup>. Sin embargo, pese a lo que juzgamos una censurable actitud legislativa, la solución correspondiente a esta hipótesis debería elaborarse por vía interpretativa de principios generales del derecho.

Por tanto, en el caso estudiado y respecto del eventual ejercicio de la acción de impugnación de la maternidad por el marido, entendemos que correspondería hacer aplicación de la doctrina que impide "venire contra factum proprium"

<sup>81</sup> Belluscio, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, Bs. As., Depalma, 1987, t. II, p. 224.

<sup>82</sup> Diario de sesiones del Senado de la Nación, 26/9/84, p. 2237.

pues si el marido, luego de consentir la implantación en el útero de su esposa de un óvulo fecundado no provisto por aquélla, planteara la impugnación de la maternidad, actuaría en forma inculcablemente desleal, en franca oposición a su conducta anterior. Con referencia a la señalada doctrina, sostiene Díez Picazo que el deber de obrar de buena fe impone la necesidad de un comportamiento coherente, de tal suerte que "cuando una persona dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella"<sup>24</sup>. En la doctrina nacional, y acogiendo el principio que impide venir contra los propios actos, sostienen Biscaro y Ghigliano que él reconoce su fundamento normativo en nuestro derecho en los arts. 16, 1071 y 1198 del Cód. Civil, y señalan como elementos estructurales para la procedencia de su invocación los siguientes: a) que una persona haya observado una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz como respuesta a una determinada situación jurídica; b) que con posterioridad dicha persona o sus sucesores pretendan ejercer jurídicamente un derecho subjetivo o una facultad jurídica incompatible o abiertamente contradictoria con el sentido que la buena fe le asigna a su accionar anterior.

Como puede apreciarse de la descripción sumaria de la doctrina, la justicia de su aplicación al caso estudiado es evidente: marido y mujer han decidido por voluntad conjunta y concordante el recurso a un componente genético ajeno a la pareja para suplir la imposibilidad de procrear en condiciones enteramente naturales. La confianza de la esposa resultaría evidentemente defraudada de admitirse la posterior pretensión contradictoria de su esposo, quien intenta una impugnación palmariamente desleal.

Por último, cabe subrayar que la solución que proponemos resultaría aplicable tanto en el supuesto de que la fertilización *in vitro* se hubiese concretado con espermia del marido o de donante (siempre, en este último caso, que haya mediado consentimiento de aquél también a este respecto).

<sup>24</sup> Díez Picazo y Ponce de León, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, citado por Biscaro, Beatriz - Ghigliano, Silvia, *Desconocimiento e impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga*, LL, 1987-3-607.

Ahora bien: la salida hasta aquí descripta soluciona el problema de la eventual impugnación intentada por el marido, pero deja latente la cuestión cuando terceros legalmente legitimados para el ejercicio de la acción pretenden el desconocimiento (p.e.), otros hijos de la mujer interesados en la exclusión del pretendido hermano, otros parientes de la mujer o del marido, incluso, claro está, el propio hijo –art. 262–). Como señala en el punto Zannoni: “respecto de terceros, la conducta vinculante entre los cónyuges carece de oponibilidad”<sup>82</sup>.

Pues bien, aquí estimamos que hemos llegado a la situación en que ni norma expresa ni principio general alguno pueden erigirse en soluciones para el problema planteado, por lo que sólo nos resta invocar una vez más el imperativo social que exige al derecho de familia consagrar límites expresos al ejercicio de las acciones de estado impugnatorias de la filiación.

Coincidimos, además, con la propuesta de Zannoni, en cuanto a erigir como fundamento institucional de la filiación el consentimiento de ambos esposos. En la hipótesis ahora estudiada, el citado autor asimismo propone la organización legislativa de un mecanismo innovador, la adopción prenatal, que partiendo de aquel consentimiento-fundamento institucional, hiciera posible consolidar el emplazamiento del nacido como hijo matrimonial de marido y mujer cuando ha sido concebido mediante fertilización *in vitro* con óvulos donados.

“Este arbitrio –señala Zannoni– permitiría concordar con la determinación legal de la maternidad por el parto sin más prueba que la del consentimiento prestado para la fertilización *in vitro*”<sup>83</sup>.

2) Fertilización *in vitro* con óvulo ajeno, sin el consentimiento del marido. Frente a una tal hipótesis, se advierte coincidencia doctrinaria en que, al menos en principio, podría el marido impugnar esa maternidad. Sin embargo,

<sup>82</sup> Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 109. El autor agrega: “dichos terceros, estarían siempre legitimados para promover el desconocimiento de la maternidad con sustento en el art. 261 del Cód. Civil, probando que el hijo fue dado a luz por la mujer mediante fecundación con un óvulo ajeno sin interesar si medió o no consentimiento del marido” (Comunicación, en “Lecciones y Ensayos”, n.º 49, p. 160, nota 96).

<sup>83</sup> Zannoni, Comunicación, en “Lecciones y Ensayos”, n.º 49, p. 161-162.

Zannoni y Bossert, bien que partiendo de la afirmación de esa regla, llegan a una conclusión diferente.

En primer término, cabría reconocer que la hipótesis ahora estudiada nos coloca ante una situación en que, si bien existe el elemento de un tercer sujeto representado por el óvulo ajeno, el aporte femenino a la fecundación comienza pero no se agota en aquél: el proceso prosigue en el seno materno y culmina con el nacimiento. Siguiendo este razonamiento, los citados autores estiman que no sería aventurado considerar que, en la elaboración jurídica de los próximos años, la doctrina llegue a concluir que, en atención a aquellos procesos que tienen lugar en el cuerpo de la esposa, el marido no podrá impugnar la paternidad del hijo gestado en el vientre de aquélla.

Por nuestra parte, consideramos que de *lege ferenda*, sería proponible la recepción legislativa de tal solución, lo cual significaría sustancialmente no reconocer legitimación al marido para impugnar la maternidad de su esposa, aunque eventualmente podría reputar injuriosa su conducta. Con respecto a la paternidad, se sigue el corolario de que sólo podría impugnarse en caso de no haber proporcionado su propio esperma, y que a contrario, el hijo le sería atribuido por la operatividad de los principios generales. De no aceptarse esta salida —controvertida, lo admitimos—, el marido y cualquier tercero con legítimo interés podrían impugnar la maternidad y el éxito de dicha acción dejaría al hijo sin filiación cierta de haberse fecundado el óvulo de donante con esperma asimismo ajeno.

Esta última sería la peor situación para el hijo, y es por ello que, en atención a su exclusivo interés, admitimos aquella otra salida.

Como reflexiona Zannoni, "resultará siempre preferible admitir esta suerte de adopción prenatal unilateral que salvaguarde para el hijo una maternidad cierta, aunque pueda caer la presunción de paternidad y reputarse hijo extramatrimonial de la mujer. Reconocemos que la situación imaginada es verdaderamente patológica, conducente en los hechos al desquicio del matrimonio mismo, pero... para el hijo será preferible a la de quedar en situación de hijo de padres desconocidos"<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Zannoni, *op. cit.*, p. 103.

## 11. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

### a) Principios generales

Conforme al art. 243 en su actual redacción: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario".

Ahora bien, el art. 258 contempla la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, cuyo ejercicio por el marido le permitirá desvirtuar, mediante prueba en contrario, la presunción *uris tantum* de paternidad de los hijos que da a luz la mujer casada en el referido plazo. Y ello "alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen" (art. 258, párr. 1º, parte 1ª).

Por lo demás, y de acuerdo con lo prescripto por la norma del art. 259, el hijo estará legitimado para impugnar en todo tiempo y, por su parte, los herederos del marido podrán deducir la acción si el deceso se produjo antes de transcurrir el plazo de caducidad que él establece.

Podremos preguntarnos entonces, por la procedencia de la acción de impugnación de la paternidad en los siguientes casos:

1) Fertilización *in vitro* con espermia del marido, invocando éste la imposibilidad de acceso o cohabitación en el periodo legal de la concepción.

2) Fertilización *in vitro* con espermia de donante, hipótesis que se bifurca para considerar el supuesto en que mediara consentimiento del marido y aquél en que no lo hubiera.

Consideramos las diversas situaciones particularmente.

b) Fertilización "in vitro" con espermia del marido, invocando éste la imposibilidad de cohabitación en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento

¿En qué circunstancias quedaría este caso configurado? La doctrina señala la posibilidad de remisión a distancia de

su propio espermia por parte del marido o la hipótesis de impotencia coarundi de carácter accidental y sobreviniente a la celebración de las nupcias, mas donde no existiera un problema de esterilidad. Allí, pues, podría el marido invocar y acreditar la imposibilidad de acceso por cualquiera de esas vías configurada en el período señalado y fundar en tal acreditación su planteo de desconocimiento riguroso de la paternidad.

La doctrina suele encarar el estudio del caso tratándose, específicamente, de la inseminación artificial con espermia de donante (IAD), pero, considerando la analogía de situaciones y para no cerrar nuestro tema marcando simplemente la ausencia de conclusión de doctrina en cuanto al punto, señalamos que la tendencia dominante es concluir que, ante el desconocimiento marital, la mujer podría oponer como verdadero hecho impeditivo de la impugnación la prueba de la fertilización "in vitro" con espermia de aquel. En tal sentido, acotan Bossert y Zannoni: "la prueba de tal inseminación (en nuestro caso, recuérdese, fertilización in vitro), siendo fehaciente, implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación"<sup>18</sup>.

### c) Fertilización "in vitro" con espermia de donante

1) Con consentimiento del marido. Eventualmente el marido, luego de prestar su consentimiento a la fertilización con material genético masculino ajeno, podría pretender desconocer su paternidad. Limitándonos a los resultados de las pruebas biológicas, y privilegiando virtualmente el valor del aporte genético, sencillo resultaría admitir la procedencia de una tal impugnación: el hijo no es genéticamente del impugnante. En este sentido se manifiesta un sector de la doctrina comparada<sup>19</sup> y aun alguna decisión jurisprudencial aislada<sup>20</sup>, basándose en la pretendida operatividad del prin-

<sup>18</sup> Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 175, quienes asimismo vinculan una tal actitud del marido con el principio que veda venir contra los propios actos y desconocer el origen biológico que viene a fundar la filiación. De esta forma, concluyen: "Aun cuando hubiere mediado imposibilidad material de cohabitación en el período legal de la concepción, la prueba de tal inseminación, siendo fehaciente, implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación".

<sup>19</sup> Barni y Cornacci, citados por Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 177.

<sup>20</sup> "Un tribunal italiano considera viable la estudiada acción por atender primario y exclusivamente al "fundamento biológico" de la relación de

cipio de la indisponibilidad de los derechos de familia. Contrariamente otro sector, hoy mayoritario, entiende que el presupuesto del que debe partirse es que la fertilización *in vitro* (así como la inseminación artificial) con espermatozoides de donante determina imperativamente la existencia de un sistema de filiación que, respecto del marido de la madre, no encuentra apoyatura exclusiva en el nexo biológico. "Es su voluntad de asumir el rol paterno, exteriorizada a través de su consentimiento para que la inseminación sea llevada a cabo, la que determina la paternidad"<sup>11</sup>.

Estaríamos, pues, ante una hipótesis en que la voluntad procreacional existe con independencia del presupuesto de carácter biológico, del mismo modo como sucede cuando un hombre contrae matrimonio con una mujer embarazada por obra de otro, conociendo el estado de gravidez así como el hecho de no ser el padre genético.

Como lógico corolario, luego de haber decidido conjunta y concordantemente los cónyuges el recurso a una tal técnica —con lo que el fundamento puramente biológico de la filiación paterna fue descartado *ab initio*— no cabría reconocer al marido legitimación para entablar la acción de impugnación de la paternidad. Se estaría nuevamente, frente al caso, ante un supuesto claro de imposibilidad de venir contra los propios actos o, desde otra perspectiva<sup>12</sup>, ante la prohibición de invocar la propia torpeza. En aquellos países que han hecho recepción legislativa expresa de la IAD con consentimiento del marido, ésta es la postura que predomina de *lege lata*<sup>13</sup>.

2) *Sin o contra el consentimiento del marido.* En el supuesto ahora analizado, a la ausencia de presupuesto biológico se suma la falta de voluntad procreacional: no existe

---

filiación, "que no puede ser desvinculada de una correspondiente relación biológica o de sangre": sentencia del 30/4/56, referida por Rivera Hernández, citado por Bossert - Zannoni, *ibidem*.

<sup>11</sup> Biscaro - Ghiglinò, *op. cit.*, p. 204. Las autoras transcriben el criterio de Díaz de Gujardo en este punto, para quien "cuando el semen es proporcionado por un extraño, el dador, también encontramos la voluntad procreacional, porque el marido que consente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo, y por eso la calidad jurídica de padre".

<sup>12</sup> Belluocci, Augusto C., Acción de desconocimiento de la paternidad establecida por el propio hijo, L.A. 1979-B-436.

<sup>13</sup> Para un análisis de antecedentes jurisprudenciales en torno al tema, ver Bossert - Zannoni, *op. cit.*, p. 171-178.

elemento genético ni volitivo. En atención a ello es que la doctrina, de manera prácticamente unánime, juzga que el nacido no puede reputarse legítimo ni legitimado, ya que la descendencia de una pareja matrimonial no puede ser unilateralmente decidida. En consecuencia, habría admitir la procedencia de la acción de impugnación de la paternidad que la ley presume, conforme a los arts. 258 y 259 del Cód. Civil.

## 12. CONCLUSIONES

En la ponencia presentada al III Congreso de Derecho Civil, sostuvieron Díaz de Guíjarro, López del Carril y Simonet: "Que las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial (por obvia analogía, consideraremos el razonamiento extensivo a la fertilización *in vitro*) no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogida normativamente para fijar los principios que la regirán, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales que se producen"<sup>14</sup>.

Hacemos nuestras las afirmaciones de los citados juristas, cuyo alegato en favor de una regulación tan siquiera mínima de las técnicas estudiadas no ha encontrado aún respuesta después de casi treinta años de que se manifestara.

Insistimos, pues, en la necesidad de que esa recepción legislativa se disponga cuanto antes, y destacamos como líneas directrices que marquen el sentido de esa esperada legislación lo que consideramos dos verdaderos hallazgos de Eduardo Zannoni para una definitiva orientación de las soluciones que vayan a proponerse. El primero de ellos es la ponderación de la voluntad procreacional como elemento para decidir el *emplazamiento* en caso de aporte de material genético ajeno a la pareja asistida, lo que permite hallar cabal respuesta a situaciones que se esbozan como pasajes sin salida posible. Y el segundo es el consentimiento de los miembros de la pareja como fundamento institucional de la filiación.

<sup>14</sup> III Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 1981. Comisión n.º 29. Tema: "Las pruebas de filiación y las conclusiones de la biología".

Ambos elementos (la voluntad procreacional normalmente ausente en el "donante" o dador de gametos, cuyo anonimato será habitual; y el consentimiento-fundamento institucional del vínculo filial, oponible erga omnes, con el efecto fundamental de impedir la impugnación de la paternidad y maternidad matrimoniales por el hijo, actualmente legitimado—conf. arts. 259 y 262, Cód. Civil—, deteniendo así un accionar no querido por la ley), constituirán herramientas orientativas de primer orden a la hora de organizar la insoslayable normativa en torno de la fecundación asistida<sup>15</sup>.

### 13. REFLEXIÓN FINAL

Señalaba el doctor Zannoni, al introducirnos en su estudio del tema en la comunicación que presentara al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres) que: "En lo personal, estamos persuadidos de que es menester no sólo analizar cabalmente las múltiples implicancias éticas y jurídicas que derivan de las técnicas de procreación artificial en seres humanos, sino, también, propender a que el derecho positivo recoja su realidad y proponga directivas básicas al respecto. Para ello, claro está, es menester la buena conciencia jurídica, no de aquella que, con escrúpulos pusilánimes, teme que cualquier alusión legal al tema implique favorecer la práctica de estas técnicas".

Haciendo nuestras sus conclusiones, en cuanto a que el silencio del legislador—sea que revele indiferencia o encubra sospecha—no hace sino favorecer los excesos, cerramos simplemente nuestro trabajo con una renovada reflexión sobre la necesidad de establecer una serie de mínimos legales que vengán a contemplar una problemática que, por partir de los orígenes mismos de la vida, nos alcanza a todos.

Y es asimismo nuestra esperanza, si no nuestra creencia, que a aquella esperada recepción normativa seguirá—por ser el derecho, como observa Zannoni, orientador de conductas—un correlativo cambio de actitud general hacia la fecundación asistida misma, y a su filosofía subyacente.

Se tratará, en definitiva, de un modo de asumir el Hombre sus propias posibilidades, de trascenderse con su potencial. Y para todos, una manera de sentirnos involucrados. Lo estamos.

<sup>15</sup> Para una profundización de ambos conceptos, se recomienda la lectura completa del punto V de la Comunicación presentada por el doctor Zannoni en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres).