

**LA PERSONA POR NACER Y EL DERECHO A LA VIDA
PROTECCION JURIDICA EN LA LEGISLACION ARGENTINA
CONFLICTOS DERIVADOS DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION
ASISTIDA**

(por Silvia L. Chamorro de Chifflet)

INTRODUCCION

El avance de la ciencia médica y de la tecnología han permitido diversos métodos de fecundación asistida que, si bien en parte, han beneficiado a numerosas parejas que no podían naturalmente concebir, han suscitado cuestiones de diverso orden, ya sea filosófico, moral, religioso, médico y jurídico, derivadas de la manipulación de embriones humanos, las que ameritan un profundo y permanente análisis de la cuestión. Sobre todo, mientras no exista una legislación específica que regule la materia ante las nuevas posibilidades científicas actuales y situaciones que ya se verifican en nuestros días.

Ello hace necesario recordar la normativa legal vigente a los efectos de buscar posibles soluciones a tan delicados conflictos relativos a la dignidad e integridad física y psíquica de las personas.

Ninguna duda cabe que al hablar de la *persona por nacer*, debemos indefectiblemente hacer referencia al primero de los derechos, el "*derecho a la vida*", toda vez que no puede abordarse tema alguno relacionado con este ser sin tener en cuenta ese natural derecho que le asiste.

Es desde esa óptica que se abordará el tema, es decir, exclusivamente observando ese ser en formación, en la medida que su propia precariedad obliga a sustraer otros eventuales intereses, tales como el avance de la ciencia o la discutida facultad de otro a decidir sobre su destino.

PROTECCION LEGAL

En primer lugar, hallamos protección legal del *por nacer*, como sujeto de derecho, en la Carta Magna, ya en su versión de 1853. Como ha dicho el Dr. Rodríguez Varela en las Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas en Buenos Aires en 1994, "La Constitución Nacional, precisamente porque positiviza criterios básicos del derecho natural y de la tradición humanista, ampara la vida inocente y proscribire todo pretensión de derecho a matar".

Esta es una cuestión que, como el mismo jurista recalca, ha sido considerada por diversos constitucionalistas tales como Bidart Campos y Badeni, habiendo expresado el primero que cualquier autorización legal o infralegal para privar de la vida ofende a la Constitución, ya que en su artículo 31 -referido a los derechos implícitos-, sin duda, puede incluirse el "*derecho a la vida*".

Por su parte, Badeni sostiene que "la Ley Fundamental obliga a reconocer que el derecho a la vida integra el concepto de hombre al que se refiere el articulado del texto constitucional. Sin vida no existe ese texto y sin el amplio reconocimiento del derecho natural de vivir, no existe una Constitución personalista".

Este criterio, sustentado por tan prestigiosa doctrina para la interpretación de nuestra Ley Suprema en su contenido original, ha quedado confirmado con las expresiones incluidas en su artículo 75, inciso 23°, reformado en 1994, que refiriéndose a las facultades del Poder Legislativo, dice: "*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los*

derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños..." y continúa diciendo: "Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

Estos términos son muy claros y contundentes en lo que a la existencia de la persona se refiere, aún antes de su nacimiento. No hay duda que hay persona, ser humano con derechos individuales inviolables, desde el momento en que ha sido engendrado, en concordancia con lo ya establecido por el Código de Vélez, en sus artículos 63 y 70, los que mantienen plena vigencia en cuanto al comienzo de la existencia de la persona física desde el momento mismo de la concepción, aún cuando actualmente la ciencia posibilite que dicho proceso se lleve a cabo fuera del seno materno, lo cual resultaba imprevisible a la época de su sanción.

En efecto, conforme a las disposiciones de los citados artículos, el comienzo de la existencia del *nasciturus* (biólogicamente configurada por la fusión cromosómica de las células germinales), coincide con el principio de su personalidad jurídica, resultando actualmente irrelevante que la fecundación se haya producido *in corpore* (en el claustro materno) o *in vitro* (fecundación extracorpórea).

Otras normas internacionales de rango constitucional, conforme lo establecido por el art. 75, inciso 22º, de nuestra Carta Magna, también protegen al *por nacer* en el ámbito interno. Se trata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Ley del Congreso Nacional N° 23.054, en la cual se determina que "*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*" (art. 4, inc. 1º).

El otro texto incorporado a la Constitución, vinculado íntimamente al tema que nos ocupa, es la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por nuestro país mediante la Ley N° 23.849.

Es de destacar que, a su respecto, se efectuó una reserva en el sentido de que en el concepto de "*niño*" debía entenderse a todo ser humano, desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad.

Esta Convención asegura prioridad al "*interés superior del niño*". Así lo dispone su artículo 3º, parágrafo 1º, que dice: "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

Por otra parte, en el ámbito interno, algunas constituciones como las de las provincias de Córdoba, Buenos Aires, Salta y Santiago del Estero, incluyen en sus textos expresiones concordantes con las antes mencionadas.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, este derecho a la vida del *por nacer* se ve, a su vez, protegido por la Constitución local del año 1996, que más allá de su espíritu consagrado expresamente en el Preámbulo tendiente al desarrollo humano sobre base de libertad, igualdad y reconocimiento de los derechos humanos, en el capítulo dedicado a la salud de sus habitantes impone a la Legislatura el deber de sancionar una Ley Básica de Salud que garantice la atención integral del embarazo, parto y puerperio y de la niñez hasta su primer año de vida, asegurando su protección y asistencia integral, social y nutricional, promoviendo la lactancia materna y propendiendo a su normal crecimiento, conforme establece el art. 21, en su inciso 5º.

Todo esto es consecuencia lógica de la evolución y afianzamiento de valores indiscutibles que impiden violar leyes naturales y bregan por la reafirmación de la dignidad del ser humano en un marco de plena convivencia social y libertad.

Dentro del ámbito específico de nuestro Código Civil, resulta muy ilustrativa la nota del citado art. 63 respecto al modo de pensar del codificador. En ella afirma: "*Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar*".

De otro modo carecería de sentido el régimen de representación instaurado en su articulado. Por ejemplo, el art. 64, para el caso de que el *por nacer* adquiera bienes por donación o herencia, y el art. 3733, que reconoce aptitud para adquirir por testamento a los concebidos al tiempo de la muerte del testador, normas vinculadas directamente con el art. 70 que reconoce la capacidad de derecho de estos sujetos como si ya hubiesen nacido.

Con plena coherencia el codificador, al referirse a la capacidad y enumerar los incapaces absolutos de hecho, inicia su nómina con la mención de las personas por nacer, a quienes califica de ese modo al igual que a los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54).

Debido a su calidad de incapaces absolutos de hecho, les asigna representantes legales conforme a lo dispuesto en el art. 57, inc. 1º.

Respecto a las obligaciones que, como sujeto de derecho puede contraer conforme al art. 30, prestigiosos autores coinciden en sostener que sólo pueden imponérseles a la persona por nacer cuando sean accesorias de los derechos que adquieran.

Sin embargo, no puede dejar de mencionarse la posición de Llambías, quien otorga aún mayor amplitud a la capacidad de esta especie de personas en lo que hace a la posibilidad de obligarse. En su opinión, la capacidad de derecho de las personas por nacer es problema que se plantea y resuelve conforme a los principios generales y, por consiguiente, sólo queda excluida cuando así se dispone expresamente de acuerdo a lo establecido en el art. 53 del Código Civil.

Para este distinguido autor la posibilidad de imputarle obligaciones depende del funcionamiento de su incapacidad absoluta de hecho y de la manera de suplirla a través de la pertinente representación. No se advierte razón alguna que justifique distinguirla, por ejemplo, de la de los dementes y dice, inclusive, que sólo así puede desarrollarse normalmente la administración de sus bienes, con lo cual se evitan eventuales perjuicios.

Por otra parte, es preciso recordar los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, la que, según lo expresamente dispuesto por el art. 264 del Código Civil (según ley N° 23.264), comienza desde la concepción del hijo. Es importante destacar que la citada Ley de Filiación y Patria Potestad, fue sancionada en 1985, cuando en nuestro país ya eran conocidas y practicadas técnicas de fecundación asistida, no obstante lo cual, el actual artículo mantiene el criterio de establecer la patria potestad desde la concepción en el seno materno o fuera de él.

Dejando de lado el Derecho Privado, corresponde recordar la protección de la persona por nacer dentro del ámbito del Derecho Penal.

Como es sabido, esta disciplina jurídica tiene como finalidad la protección, en primer lugar, de las personas, como así también de bienes valiosos para el funcionamiento de la vida tanto individual como social.

En cuanto al tema aquí tratado, el objeto de la protección es la vida humana, es decir, el derecho a ella en forma amplia y total, sin entrar a discutir sobre cuestiones

vinculadas con su mayor o menor desarrollo, o con sus posibilidades de duración que nunca son exactas e indiscutibles.

Características éstas que, en definitiva, devienen accesorias y aunque puedan revestir importancia, ello no debe de manera alguna, restringir y menos aún perjudicar la protección a ese bien fundamental que es el "*derecho a vivir*", que sin duda es la base y la condición *sine qua non* de todos los demás derechos subjetivos.

De ahí que la ley penal de nuestro país contenga disposiciones expresas que regulen la protección de la vida de las personas por nacer, tales como la penalización del aborto provocado.

Ellas se encuentran metodológicamente ubicadas en el mismo capítulo referido a las personas ya nacidas, circunstancia destacable para demostrar que no se advierte distinción de fondo entre el valor que otorga la ley a la vida de unas y otras.

LA OPINION DE LA CIENCIA MEDICA

Dado que en la actualidad la genética ha realizado importantes avances en el campo de la investigación, corresponde efectuar algunas reflexiones que nos permitirán arribar a la conclusión de que, en definitiva, son coincidentes con el criterio sustentado por la ley y por las elaboraciones científicas que tratan el tema.

En efecto, conforme a la opinión médica prevaleciente, desde el momento en que el espermatozoide y el núcleo del óvulo femenino se fusionan, se forma el huevo, es decir, la primera célula del nuevo ser.

Tanto el óvulo (gameto femenino) como el espermatozoide (gameto masculino) cuentan cada uno con la mitad de la cantidad de cromosomas de esa primera célula del ser humano y se conservarán durante toda la vida de aquél, tanto mientras permanezca en el seno materno, y aún antes de su implantación allí, como cuando ya se haya desprendido de él.

A partir de la fusión de los gametos, el nuevo ser adquiere las características que le son propias y, por consiguiente, diferentes a las de cada uno de sus progenitores, dicho de otro modo, obtiene su propia individualidad e identidad. Y ello es así, independientemente del método (natural o científico) que se haya utilizado o del ámbito (seno materno o in vitro) en que se haya llevado a cabo la concepción.

Según sostiene Lejeune, catedrático de genética de la Universidad de La Sorbona, refiriéndose al comienzo de la vida humana, "tan pronto como los 23 cromosomas paternos encuentran los 23 cromosomas maternos, toda la información genética necesaria y suficiente para especificar cada una de las calidades innatas del nuevo individuo, se encuentran reunidas".

En igual sentido se pronuncia el profesor de genética Juan J. Lacadena, de la Universidad Complutense de Madrid, al sostener que "el ciclo vital empieza en el momento de la fecundación, cuando de dos realidades diversas (gametos) surge una realidad nueva y distinta (cigoto), con potencialidad y autonomía genética para presidir su propio desarrollo, quedando así configurada una vida, que no es ni del padre, ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo, con absoluta originalidad e irrepetibilidad".

Como dice el Dr. Carlos Ray: "Es un nuevo ser. Con todas las potencialidades del ser humano. No tiene mente, corazón o miembros. Pero tiene la potencialidad total para ir desarrollándolos. Así como el recién nacido no puede caminar o hablar, pero tiene las potencialidades para llegar a hacerlo, así el nuevo ser que se acaba de crear tiene todas las potencialidades del ser humano".

"La individualidad propia de ese ser es lo que le da sus derechos, su dignidad y trascendencia. No es una célula más de la madre. Tampoco cuando se transforma en embrión o en feto, es un conjunto de células o tejidos propios de la madre que le pertenezcan. Es un nuevo ser, un nuevo individuo biológico diferente a sus padres".

Algunos autores modernos sostienen que la individualidad del nuevo ser no proviene sólo de la substancia genética (ADN) que aportaron los gametos masculino y femenino para formar el huevo, sino también de la interacción con los tejidos maternos, entre ellos, los que formarán la placenta, indispensable para su nutrición y desarrollo. Estos autores dicen que hay una interacción tal que recién entonces hay un nuevo ser que se origina por los elementos cromosómicos y por los factores maternos. Quienes así piensan, utilizan estos argumentos para legitimar la posibilidad de experimentar con el embrión, congelarlo y aún matarlo o descartarlo, mientras no se implante, porque según ellos, hasta entonces no tiene vida propia y personal y, por lo tanto, no lo consideran persona.

Frente a esta postura, el Dr. Ray afirma que tal interpretación es errónea porque está demostrado que "lo genético es lo que determina al ser. Lo nutritivo es un accidente, indispensable de verdad, pero que no hace a la esencia del ser. Sería lo mismo que decir que un recién nacido no es una persona porque precisa que lo alimenten y lo abriguen para que no muera. Con el embrión sucede lo mismo: busca alimento, abrigo y protección en la mucosa uterina, pero ese embrión ya es una persona humana".

Así lo han corroborado las investigaciones desarrolladas por los partidarios de la fecundación artificial. En efecto, las más serias investigaciones científicas demuestran que desde la fecundación existe un ser humano, en estado primario, pero sin duda viviente.

NUEVOS PROBLEMAS PLANTEADOS A PARTIR DE LOS METODOS MODERNOS DE PROCREACION

Los avances de las nuevas técnicas referidas a la reproducción asistida, plantean en la actualidad, delicados problemas en el ámbito del Derecho.

Teniendo en cuenta que el art. 70 del Código Civil fija el comienzo de la existencia de la persona física en la concepción en el seno materno no cubre los casos de fecundación extrauterina. En tales casos, la fecundación no tiene lugar, como naturalmente ocurre, dentro del seno materno, sino que se produce fuera de él, a través de la aplicación de métodos tendientes a lograr la fecundación artificial.

Allí precisamente es donde se plantea una cuestión de trascendental importancia: determinar cuál es la condición jurídica de ese ser, el embrión, desde el momento de su formación hasta el de ser implantado en el útero materno o inclusive, en el de otra mujer que no es la progenitora, que brindó el óvulo, y a la que se denomina madre portadora.

Esto nos sitúa en la problemática jurídica del campo de la fecundación asistida, la cual, según la posición de Rivera, puede definirse como "los medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación".

Desde el punto de vista del Derecho, cabe mencionar los problemas relacionados con la filiación de los seres concebidos artificialmente -tema que se originó cuando se dio el primer caso del bebé de probeta-, los que han aumentado en cantidad y complejidad a medida que se han producido avances tecnológicos en este campo de la genética.

Como consecuencia de ello, han aparecido a lo largo de los últimos años cuestiones como las referidas a la existencia de bancos de semen y de óvulos, y su eventual congelación, la propiedad de los gametos y su naturaleza, la identificación de los dadores, la paternidad de quién fecundó el óvulo y hasta el tema de la posible comercialización de los gametos.

Esta nómina creció en los últimos tiempos cuando se hizo posible el congelamiento de embriones humanos, lo que motivó el estudio de la naturaleza jurídica de los no implantados, la posibilidad de su destrucción y aún el juicio ético respecto a la probabilidad de emplearlos con fines de experimentación, hasta llegar a la clonación de embriones humanos, ya concretada en algunos países.

La mención hecha *ut-supra* sobre la posibilidad de implantar el embrión en el útero de una mujer que no sea la que produjo el óvulo que después fue fecundado, plantea cuestiones de diversa índole como la licitud del uso de este procedimiento, si debe admitirse su onerosidad y la posibilidad de enfrentamientos entre la madre genética y la portadora o sustituta que dará a luz.

Es evidente que las normas de nuestro Código Civil no pueden a esta altura dar respuesta a todos estos interrogantes, encontrándonos actualmente en presencia de un ámbito en el cual, la ausencia de normas legales, produce una notoria inseguridad e incertidumbre jurídica.

Por ello y hasta tanto el ordenamiento jurídico regule estas nuevas situaciones, para resolver tan delicadas cuestiones, deberá recurrirse por analogía a los preceptos del Código Civil sin dejar de lado las normas constitucionales y demás leyes de rango constitucional ya referenciadas, relativas a la persona por nacer.

Así, por ejemplo, por aplicación analógica del art. 70 del Código Civil, el embrión, aunque no esté aún alojado en el seno materno, tendrá calidad de persona por nacer.

Este principio se ve reforzado por las expresiones de otra disposición de Vélez, el art. 51, que califica como persona de existencia visible "*a todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes*", comprendiendo de este modo al ser humano en su proceso de formación, lo que involucra también a los concebidos *in vitro*, atento a la sustantividad humana que la biología le reconoce desde el momento de la concepción.

Sin duda ese embrión presenta los mismos caracteres de humanidad que tiene el concebido en el seno materno, a la misma altura de su evolución vital.

Es coincidente con esta postura el art. 4º, inc. 1º, del Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce el derecho a la vida a partir del momento de la concepción, sin ninguna otra referencia o requisito.

La aplicación de este criterio decide, también por analogía, la cuestión referida al destino de embriones congelados sobrantes de implantaciones. En principio, el embrión no implantado dependerá fundamentalmente de sus padres, si éstos deciden posteriormente implantarlos no habrá mayor problema, al menos desde el punto de vista jurídico. La dificultad se presentará cuando los padres se nieguen o no puedan implantar embriones congelados.

Las posibilidades, en estas circunstancias, son tres: la destrucción, la experimentación y la dación para su implantación.

Admitido que son *personas*, su destrucción entra en el campo penal y, por consiguiente, resulta inaceptable.

En cuanto a la segunda posibilidad, si bien para los científicos, la experimentación con embriones humanos ofrece una rica posibilidad en torno a la investigación genética, porque permite conocer la evolución de las células humanas, su

curso normal y sus desviaciones; tanto el Consejo de Europa de 1986 como el Vaticano en 1987, aconsejaron evitar estas experimentaciones por respeto a la dignidad humana, propia de todos los seres humanos e independiente de sus credos.

Ahora, cabe preguntarse si este derecho a la dignidad puede configurar un obstáculo para el progreso de la ciencia, aún en beneficio de la humanidad o, si conviene imponer determinados límites que impidan la afectación de estos derechos.

A ello ha respondido Lledó Yagüe afirmando que: "Los límites en cuanto a la experimentación biogenética deben señalarse en la inalterabilidad del proceso humano generativo, que no se manipule la ontológica configuración entitativa de esa vida humana naciente *in fieri*, inviabilizándose su nacimiento y el natural desarrollo y continuidad de aquella, experimentándose sin intención de ayudar a cumplir su función vital".

Respecto a la posibilidad de la dación, partiendo de la premisa de que el embrión es una persona humana, no puede admitirse que sea donado por sus padres genéticos, por ello debería pensarse en algún instituto similar a la adopción, admitiéndose que se tratara de embriones abandonados.

Siguiendo este criterio, las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil recomendaron lo siguiente: "1. El embrión debe ser protegido desde la concepción *in vivo* o *in vitro*; por lo tanto es titular del derecho a la vida y del derecho a la dignidad, y no ser objeto de manipulaciones que alteren sus derechos; 2. Se deben fecundar sólo óvulos que se puedan implantar; 3. De existir embriones congelados, deben buscarse soluciones similares a la adopción".

Como se advierte, el contenido de estas recomendaciones es sumamente valioso y es coincidente, en lo sustancial, con la interpretación de las normas del Código Civil.

Otra tema que, sin duda, reviste singular interés, es el de la llamada madre portadora o gestante, o sea, el de la mujer que accede a que le sea implantado un embrión en cuya formación ella no ha participado, por no haber sido la dadora del óvulo fecundado, y se compromete a portarlo durante el restante período de gestación, para luego darlo a luz y reintegrarlo a sus progenitores.

Si bien existen diversas posturas respecto a la naturaleza jurídica del acto que vincula a la madre portadora con los padres biológicos, debería descartarse que se esté en presencia de un contrato y, por ello, no parecería correcto hablar de "alquiler de vientres" porque, como es sabido, el objeto de la locación está constituido por cosas en el sentido del art. 2311 del Código Civil, o sea, objetos materiales susceptibles de tener valor económico, lo cual en modo alguno es aplicable al cuerpo humano.

Por otra parte, se ha considerado que tampoco es un acto jurídico, porque carece de un requisito esencial de esa figura como es la licitud del objeto y, por consiguiente, no se adecua a las exigencias del art. 953 del citado Código.

Algunos autores entienden que se trata de un acto de disposición del propio cuerpo ya que la madre portadora otorga la utilización temporaria de su útero para que en él se implante el embrión y permanezca hasta la finalización del período de gestación.

Cabe también señalar que es mayoritaria la doctrina que repudia este tipo de actos, cuando son onerosos, siguiendo el espíritu tanto de la ley 24.193 que prohíbe la onerosidad de las daciones de órganos y materiales anatómicos, como el de la ley 22.290, referida a la dación de sangre.

Otra línea de pensamiento entiende que, aún cuando estos actos sean gratuitos, no son aceptables para el Derecho, en tanto afectan a la moral y las buenas

costumbres, sin respetar normas de orden público como la contenida en el citado artículo 953.

Esta posición, además, encuentra fundamento en las siguientes razones: por una parte, se deja de lado el *interés superior del niño* -reconocido como eje central de la Convención de los Derechos del Niño-, quien ha creado con la madre sustituta un íntimo nexo biológico, durante su desarrollo intrauterino que explica la conexión que trasciende al nacimiento desde que es el ser a quien reconoce, busca y necesita el recién nacido, no sólo desde el punto de vista emocional sino desde el físico, ya que es el ser que naturalmente le procurará su alimento. En este aspecto, no debe soslayarse que la entrega a sus padres biológicos, lo privaría de la lactancia natural, tan importante para su salud, para privilegiar el interés de sus progenitores.

Por otra parte, estas situaciones hacen aparecer una duplicidad de maternidad que, obviamente, es muy diferente a la que se produce en la adopción. En efecto, mientras en ésta última, la decisión judicial es consecuencia, generalmente, del abandono, en el caso bajo análisis puede haber un conflicto entre dos personas que se disputan la maternidad. Por un lado, la dadora del óvulo (madre genética) y, por otro, la que gestó y alumbró (madre gestante o portadora).

Además, se ha esgrimido como argumento fundamental que este tipo de actos son contrarios al orden público por los problemas que pueden generar con respecto a la filiación y finalmente porque en ellos se dispone de derechos que no son susceptibles de transacciones.

PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 1998

Si bien el proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, de 1998, no incluye entre sus normas disposiciones que traten en forma integral las prácticas de procreación médicamente asistida, a lo largo de su articulado se encuentran distribuidas distintas normas que contemplan algunos aspectos puntuales relativos al tema que nos ocupa.

En primer lugar, de acuerdo al art. 15 del Proyecto de Reformas, "*La existencia de personas humanas comienza con la concepción*". De lo cual resulta que se consideran tales a todas quienes hayan sido concebidas, cualquiera fuere el lugar en el que la concepción se hubiera producido, o sea, tanto si ello hubiese ocurrido dentro como fuera del seno materno, adecuándose de este modo la norma del actual art. 70 del Código Civil no sólo a la realidad científica actual, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 4, inc. 1°).

En lo relativo a la nulidad del matrimonio, el art. 505 del Proyecto contempla la posibilidad de obtenerla en el caso de impotencia de uno o ambos cónyuges, *siempre que la esposa no haya sido sometida a una técnica de reproducción asistida con consentimiento expreso de ambos cónyuges*. Mas la norma no aclara si basta el inicio de la técnica de reproducción asistida o se requiere su finalización, o si se exige un resultado determinado, como así tampoco, aclara de qué forma debe ser expresado el consentimiento.

Tampoco en los fundamentos del Proyecto se explica la razón de esta norma, no obstante lo cual, se ha pensado que el hecho del sometimiento voluntario a un tratamiento de esta naturaleza ha implicado la voluntad de los esposos de confirmar al matrimonio que adolecía de nulidad relativa por la impotencia de al menos uno de los cónyuges, lo cual torna improcedente la acción de nulidad.

En cuanto a la prueba de la determinación de la maternidad, siguiendo el criterio sustentado por los arts. 242 y 63 del Código Civil, el art. 543 del Proyecto de

Reformas dispone que: "*La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita*".

Como advierte Mazzinghi, nada establece la norma respecto a si la proveedora del óvulo ha de ser considerada para todos los efectos una extraña respecto al hijo concebido, o si, por el contrario, la relación biológica existente podría originar, por ejemplo, un impedimento matrimonial entre el hijo y la mujer donante del óvulo, o entre aquél y los hijos de ésta última.

En este aspecto, la doctrina se encuentra dividida. En efecto, Llambías sostiene que la madre genuina es aquélla cuyo óvulo fue fecundado, mientras Grosman y Martínez Alcorta consideran que la filiación materna derivada de este tipo de fecundación debe ser regulada atribuyendo la maternidad a la persona que tuvo la voluntad de tener el hijo y asumir el rol de madre. Por su parte, Mazzinghi ha señalado que la solución de dar preeminencia a la aportante del óvulo transforma al hijo en el objeto de un contrato contrario a la dignidad del ser humano, desconociendo, por otro lado, esa importante relación que se ha dado durante la gestación entre la gestante y el niño, que no se limita al aspecto orgánico, sino que trasciende a la psíquico, existiendo una auténtica simbiosis entre ambos.

El art. 563 del Proyecto establece que "*No es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito*".

La solución adoptada es la seguida por la mayor parte de las legislaciones de otros países y asegura al hijo tener un padre que, de otra manera, difícilmente tendría, dado el habitual anonimato del donante, priorizando, de este modo, el *interés del niño*.

En lo referente a quiénes pueden suceder al causante, el art. 2229 del Proyecto incluye a "*los que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos criopreservados del causante o de la criopreservación de un embrión formado con gametos de aquél, sean estas prácticas lícitas o no. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante*".

La norma admite la fecundación *post mortem*, que se encuentra prohibida en distintas legislaciones debido, fundamentalmente, a que dicha práctica hace que el niño nazca con un solo padre vivo, privándolo de la atención y la relación con el otro, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo. No puede asimilarse tal circunstancia a la de la persona por nacer al momento de la muerte del padre, porque en este supuesto, tanto ésta como el hijo ya nacido se ven obligados a no contar con el padre por razones involuntarias y externas (caso fortuito), mientras que en la fecundación *post mortem*, se somete voluntariamente al niño a vivir sin su padre.

Cabe recordar, en este aspecto, que en el texto de la Convención de los Derechos del Niño siempre se alude a los padres, al derecho de los niños a conocer y a vivir con sus padres, a nacer y vivir en el seno de una familia compuesta, al menos, por los padres y por el hijo, en definitiva, a nacer a una vida familiar en una familia completa.

Finalmente, el art. 111 del Proyecto de Reformas dispone que: "*Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos... Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión*

de enfermedades o la predisposición a ellas... Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas".

Como vemos, la norma pone límites a la manipulación de los embriones humanos atendiendo al necesario respeto a la dignidad de la persona, en virtud del cual no se admiten las manipulaciones genéticas que signifiquen la alteración del embrión violándose el derecho que tiene todo ser humano, desde su concepción, a que se proteja la integridad de su patrimonio genético, no pudiendo tratárselo como un objeto, predeterminándolo antes de nacer.

Como se advierte, la temática es amplísima resultando insuficiente la normativa del Proyecto, lo que hace necesario, sin lugar a dudas y como la mayoría de la doctrina exige, el dictado de una ley que contemple en forma integral las prácticas de procreación asistida y brinde soluciones a los delicados conflictos que tales prácticas pueden acarrear.

CONCLUSION

Puede sostenerse que, en líneas generales, las conclusiones de la ciencia médica y los principios sustentados por nuestro derecho positivo son coincidentes.

La vida, que, según nuestras normas, se inicia con la concepción y concluye con la muerte, debe ser protegida de todo tipo de ataque y, por consiguiente, el orden jurídico debe proveer los medios adecuados para que ello pueda lograrse.

Es indudable que, conforme a derecho y a la moral social, la destrucción de la vida es un acto inaceptable y, como tal, debe ser castigado. Establecido entonces, que esa vida existe, tanto para la ley como para la opinión médica, a partir de la concepción, sin distinguir que se encuentre alojada en el vientre de la madre o que se encuentre separada de él -ya sea por atravesar una etapa embrionaria en un ámbito artificial o por haber culminado el período de gestación-, no se advierte razón valedera que justifique un distinto tratamiento según que el ilícito ocurra en una circunstancia o en la otra.

A través de los diversos períodos de su vida, el hombre experimenta cambios, evoluciona, pero es el mismo ser: tiene la vida personal que se desarrolla en distintos estadios, con plena conservación de su identidad y no merece, entonces, distinto tratamiento según su grado de desarrollo. Lo contrario llevaría al absurdo de admitir la posibilidad de un ilícito respecto de los bebés prematuros con la excusa de que no ha concluido su proceso de formación gestacional, y aún de los nacidos en término, si se tiene presente que al momento del nacimiento el ser humano no ha logrado su total desarrollo.

Como se advierte, la temática expuesta plantea una serie situaciones conflictivas para las cuales no se han dado hasta ahora, a nivel interno, soluciones legislativas orgánicas. Más aún, ni siquiera en el plano científico, pese a los importantes e innegables avances de la genética, puede decirse que existe una base suficientemente sólida que permita dar por definidas muchas de las cuestiones que requieren tratamiento en el plano del Derecho.

Finalmente, respecto a la manipulación del embrión con fines terapéuticos, y como corolario de la protección legal apuntada *ut-supra*, puede sostenerse que, aún cuando la finalidad pueda ser loable como curar o evitar una enfermedad transmisible

por herencia, una intervención de esta naturaleza no debería admitirse si se sometiera al embrión a prácticas médicas peligrosas, es decir, estas terapias experimentales deberían considerarse lícitas únicamente cuando son utilizadas como un intento extremo para salvar la vida, ya que nunca debe olvidarse la condición de *persona humana* que reviste el embrión y el *derecho a la vida* que, como tal, le asiste.

BIBLIOGRAFIA

- "Instituciones de Derecho Civil - Parte General"; Julio César Rivera
"Tratado de Derecho Civil - Parte General"; Jorge Joaquín Llambías
"Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial";
Alberto J. Bueres - Elena I. Highton", T° I-A
"El derecho a nacer"; Alvarado Uriburu, Rodríguez Varela, Badeni,
Zubizarreta, Ray, Lennon, Videla Escalada
"Nuevos Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998"; Cap. "La procreación médicamente asistida y la prohibición de las prácticas eugenésicas en el proyecto de Código Civil de 1998"; Eduardo Sambrizzi