

## LA GENÉTICA ACTUAL Y EL DERECHO DE FAMILIA \*

EDUARDO A. ZANNONI

### 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA PROPUESTO

Hace casi un década, hacia fines de 1978, publicamos en nuestro país un pequeño libro en el que abordamos, a la luz del derecho positivo vigente entonces, los problemas derivados de la inseminación artificial y la fecundación extracorporal en seres humanos. Nuestro trabajo fue una primera aproximación al tema, a la vista de la conmoción mundial que había provocado –justamente a mediados de ese año– la noticia del nacimiento de Louise Brown, el primer bebé concebido fuera del seno materno, mediante la fecundación de óvulos de su madre, lograda en el laboratorio<sup>1</sup>.

El tema agitó a la opinión pública durante un tiempo, aunque en el ámbito jurídico argentino no fueron numerosos los trabajos de investigación que se publicaron<sup>2</sup>. En los úl-

\* Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (Cáceres, octubre de 1987).

<sup>1</sup> Zannoni, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extracorporal*, Bs. As., Astrea, 1978.

<sup>2</sup> Además de nuestro libro se publicó, también en 1978, el de Frugeni Rey, Guillermo, *Fecundación "en probeta"*, Bs. As., El Coloquio, quien antes había escrito el ensayo: *La fecundación artificial en seres humanos ante la moral y el derecho*, Bs. As., Club de Lectores, 1951. Además, se conocieron algunos ensayos: Belluscio, Augusto C., *Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal*, LL, 1978-C-929; Liernidas, Jorge J., *La fecundación humana "in vitro"*, ED, 78-891; Mazzinghi, Jorge A., *Breve reflexión sobre la fecundación "in vitro"*, LL, 1978-C-893; Carranza, Jorge A., *Acercos de la concepción extracorporal de la persona de existencia visible*, JA, 1978-IV-724.

timos años se han conocido nuevos aportes<sup>3</sup>, algunos de los cuales tratan la cuestión con indisimulado recelo. Nada se gana con rehuir el tema, como si, acaso, nos negásemos a pensar en él. De vez en cuando la prensa nos da noticias de algún suceso vinculado con demandas suscitadas ante tribunales extranjeros relativas, por ejemplo, a la inseminación artificial pretendida con semen del marido difunto, o a pretensiones de propiedad de embriones congelados para uso de una pareja, o pleitos con madres subrogadas o portadoras, pero la cuestión queda en el comentario banal o en la pura anécdota.

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 proporcione directivas básicas al respecto<sup>4</sup>. Para ello, claro está, es menester

<sup>3</sup> Ver Di Cío, Alberto A., *La inseminación artificial y el derecho de familia*, Bs. As., Editorial de Belgrano, 1984; Cocco, Aldo A., *Nacer con dignidad*, LL, 1986-D-1127; Andorno, Roberto L., *Fecundación "in vitro" y valor de la vida humana*, ED, suplemento del 24/1986; Andorno, Luis O., *El derecho frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia argentina y latinoamericana*, Zema, 2003; Vidal Tequini, Carlos H., *Genética y filiación*, en "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", n° XLV, 1983, p. 35; Grosman, Cecilia - Martínez Alcorta, Irene, *La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264, LL, 1986-D-924*; Talliercio de Philippa, Alicia E., *Filiación y fecundación "in vitro"*, JA, suplemento del 21/1987.

El tema no ha sido tratado en congresos o jornadas nacionales de juristas que habitualmente se convocan en el país. En 1961, el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, Argentina), recomendó "no establecer ningún régimen especial que fije las consecuencias de la inseminación artificial". Desde entonces, la cuestión no volvió a ocupar la atención de otra reunión científica, ni siquiera con posterioridad a 1978. Recién en 1995, en ocasión de las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Comercial y Procesal Civil (Junín, provincia de Bs. As.), se aprobó una recomendación dirigida a los Colegios de Abogados, para que se creen comisiones de estudio en sus respectivos institutos de derecho civil, a efectos de considerar las actuales técnicas biogenéticas de procreación (inseminación artificial, fecundación extracorporal), a fin de analizar los diversos conflictos que ellas pueden suscitar, y, en su caso, sugieran si corresponde o no adoptar medidas legislativas o de otro carácter que permitan regular su utilización, fijar sus límites y organizar eventualmente su prestación. Resulta todavía prematuro evaluar qué incentivo real ha importado esta recomendación.

<sup>4</sup> En ocasión de elaborar el proyecto de reformas al Código Civil en materia de filiación, sobre cuya base se discutió la luego sancionada y promulgada ley 23.264 -año 1995- incluimos dos normas específicas en rela-

la buena conciencia jurídica, no de aquella que, con escrúpulos pusilánimes, teme que cualquier alusión legal al tema implique favorecer la práctica de esas técnicas. Declamamos hace diez años, y lo repetimos ahora: aunque la realidad sea negada por el derecho no cesará, por eso, de seguir siendo realidad. "Pero con este gravísimo riesgo: que mientras legisladores y juristas, por temor o por prejuicios, siguen proclamando su condena y declamando sus razones, no existirá el marco legal adecuado para regular correctamente las proyecciones del fenómeno científico"<sup>2</sup>.

Añadimos a aquellas reflexiones, hoy, que el silencio legislativo es una peligrosa actitud de indiferencia que favorece los excesos. Porque el derecho positivo, en cuanto recoge una propuesta ética, es orientador de conductas. De modo que ya no es posible continuar callando. Sabemos que mucho de lo que hoy proponemos puede prestarse a la crítica; mas ella es indispensable cuando se decanta en el debate de ideas y no en el temor y los prejuicios, porque entonces es factor de auténtico progreso. -

El Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia propone a nuestra consideración las cuestiones que vincu-

---

ción al tema. Proponíamos establecer que "en caso que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, el marido podrá impugnar la paternidad si no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento" (art. 350, Cód. Civil, proyecto de los senadores Menem y Sánchez). También propusimos un texto en el que se estableciera que "el marido no podrá ejercer la acción (de impugnación) de la maternidad" alegando que su esposa no es la madre por haber mediado fecundación extracorpórea con un óvulo que no es el de ella si medió consentimiento de ambos cónyuges para su implantación luego de la fecundación" (art. 360 del mismo proyecto). En los fundamentos nos limitamos a señalar que estas dos normas tendían a prevenir conflictos de paternidad o maternidad, y que las soluciones propuestas no constituirían sino recepción de la teoría de los propios actos.

Las comisiones del Senado de la Nación que elaboraron el dictamen definitivo suprimieron ambas normas. Señaló la doctora María Josefa Méndez Costa, que, como otros juristas, fueron consultados, que "puede objetarse que las normas propuestas no significan aplauso, apoyo o fomento a la inseminación heteróloga o a la fecundación extracorpórea. Sin duda, pero sí significan admitir: a) que son hábiles para determinar una filiación, en contra natura y en const., y de la exclusividad de la paternidad-maternidad legítima que corresponde a los esposos; b) poner la determinación de la filiación en la voluntad de los esposos, al margen del acto procreacional; c) conferir trascendencia jurídica a un negocio tal que pierde de los esposos contrario a la moral y buenas costumbres". Según, *op. cit.* pre-valoración estos argumentos en el legislador de la ley 23.254.

<sup>2</sup> Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 120, n° 22.

lan a la genética con el derecho de familia. Pero el tema trasciende esta relación, en la medida que la política jurídica exige captar, en toda su dimensión, la incidencia de las modernas técnicas de procreación artificial, tratése de la inseminación o de la fecundación extracorporal, en el medio social. El derecho de familia, en concreto, aspirará a dar respuestas en el contexto de las relaciones jurídicas familiares, pero estas mismas relaciones –como las instituciones familiares en general– expresan una conciencia ética, y entonces resulta imposible sustraerse a su consideración. Consecuentemente, el jurista debe tomar posición acerca de los límites que debe poner el hombre a las posibilidades que, desde el plano puramente científico, ha descubierto a través de la manipulación genética. Y esto excede, obviamente, al derecho de familia en sentido estricto.

## 2. MÉTODO DE ESTE TRABAJO

Tratando de exponer nuestro pensamiento del modo más claro posible, dividimos esta comunicación en cuatro partes:

a) En primer lugar, hacemos una sucinta referencia –fundamentalmente descriptiva– de las técnicas de reproducción humana artificial mediante lo que se ha dado en llamar la manipulación genética. . Obviamente, esta referencia tendrá carácter objetivo y apenas informativo, limitada a reproducir las posibilidades de que dan cuenta las prácticas de la genética actual.

b) En segundo término, hacemos algunas reflexiones desde la perspectiva axiológica acerca de los negocios jurídicos que la manipulación genética posibilita, tratando de precisar los límites en que pueden ser reconocidos por el derecho.

c) En la tercera parte, nos ocupamos de los problemas estrictamente jurídicos que, en el ámbito del derecho de familia, puede provocar la manipulación genética. Tales problemas están centrados fundamentalmente en la determinación de la maternidad y de la paternidad.

d) Finalmente, damos forma a un puñado de conclusiones que sirvan de pautas para una eventual recepción legislativa que regule las prácticas biogenéticas de reproducción humana artificial.

### 3. MANIPULACIÓN GENÉTICA. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ARTIFICIAL

Las técnicas de reproducción humana mediante manipulación genética se basan en la inseminación artificial y la fecundación extracorporal, o fertilización *in vitro*.

#### a) Inseminación artificial

Previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina).

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. La distinción se ha realizado suponiendo que la mujer sea casada, de modo que el semen que se le inyecta puede ser de su marido o de un tercero, también llamado donante<sup>4</sup>.

1) La inseminación homóloga. Esta inseminación artificial con semen del marido (IAC) se practica en los casos en que a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a la impotencia del hombre o al vaginismo de la mujer, pero también a otras anomalías, como trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que, por neutralizar los espermatozoides, aconsejan la inseminación intracervical, alteraciones del cuello del útero que exigen la inseminación intrauterina, etcétera.

2) La inseminación heteróloga. Ella es la inseminación artificial con semen de un donante (IAC) y se ha practicado tradicionalmente cuando el marido es estéril –azoospermias o necropermias– y también en casos de incompatibilidad del factor Rh; incluso, si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuese fértil.

En estos casos se apela al semen fecundante de un tercero, donante. A tal efecto se recurre a los denominados “bancos de semen”, en los cuales se conserva, fresco o con-

<sup>4</sup> Se ha apuntado que, en ambos casos, se está ante inseminación homóloga, pues se trata de semen de la propia especie; heteróloga sería, en puridad, la inseminación con semen de otra especie (conf. Gaffo, Javier y otros, *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1988, p. 16).

gelado, y debidamente clasificado de acuerdo a las características físicas del donante –fenotipo<sup>1</sup>–, el espermatozoide de donantes, generalmente anónimos<sup>2</sup>.

#### b) Fecundación extracorporal o fertilización "in vitro"

En estos casos la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio en razón de existir la imposibilidad de que el semen lo fertilice, naturalmente, en el interior del tercio externo de las trompas de Falopio.

La fecundación extracorporal o in vitro (FIV) suele practicarse en los casos de obstrucción de las trompas –obstrucción tubárica– que impide el encuentro de óvulo y espermatozoide mediante el coito, en cuyo caso se procede, previa una superovulación provocada en la mujer, a la extracción de los óvulos para su fecundación utilizando semen del marido o de un tercero.

La extracción de los óvulos se obtiene mediante la utilización del laparoscopio –laparoscopia, aunque también se utiliza el método de punción folicular para aspirar óvulos mediante la ecografía, evitándose así la cirugía laparoscópica que exige anestesia general de la paciente–. Obtenidos los óvulos y fecundados, se trasladan al útero un cierto número de embriones (dos, tres o cuatro a lo sumo), cuando éstos están en condiciones de iniciar su fijación o anidación.

<sup>1</sup> El fenotipo es el conjunto de caracteres heredados tales como el color de la piel, los grupos sanguíneos, disposiciones constitucionales, etcétera. El fenotipo está determinado por los caracteres unitarios representados en los cromosomas de las células sexuales, ordenados –como se sabe– a pares (genotipo). La genética ha obtenido logros notables, con trascendencia en el derecho de familia también, al poder detectar las proteínas antigénicas de histocompatibilidad que se heredan de padres a hijos a través de los genes que han codificado los antígenos y que se sitúan en el sexo par cromosómico. Mediante el estudio del sistema de histocompatibilidad y las pruebas de compatibilidad inmunogenética se ha posibilitado, en la actualidad, la determinación positiva de paternidad y maternidad con certeza prácticamente absoluta. Se trata de la hoy conocida prueba del HLA –Human Lymphocyte Antigen– utilizada en las acciones de investigación de la filiación. Ver Yerrano, Luis - Haas, Emilio J., *Manual para la investigación de la filiación*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985.

<sup>2</sup> Debe señalarse, sin embargo, que en la actualidad se está cuestionando el anonimato de donantes, en el entendimiento de que –como ha ocurrido en la adopción– el niño debería estar en condiciones de conocer su origen biológico. Conf. Andrews, Lori B., *¿De quién soy hijo? Tago, mí, de ellos*, en "Psychology Today" (en español), México, ago. 1985, p. 14 y siguientes.

Una variante de esta técnica es la denominada *transferencia intratubaria de gametos (GIPT)*, que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción.

La fecundación extracorporal ha sido posible, científicamente, mediante la manipulación de los gametos —espermatozoides y óvulos—. Para posibilitar tal manipulación han coadyuvado decisivamente las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante un tiempo considerable —incluso, años— el semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización. La conservación se hace en el laboratorio, manteniendo los gametos en nitrógeno líquido a muy bajas temperaturas, lo que permite su reutilización en el momento necesario. Éste es el origen de los “bancos de semen” y de los “bancos de óvulos” que disponen de material para la fertilización. Así, por ejemplo, un matrimonio en que el marido es estéril y la esposa infértil, podrían ser los padres de un hijo concebido con semen y óvulos provenientes del banco.

La posibilidad de manipular los gametos presupone, ciertamente, lo que daríamos en llamar su poder de disposición. Semen y óvulos pueden, entonces, ser donados o vendidos, conservados para su utilización ulterior, etcétera. Recuérdese, así, el caso de la señora francesa Corinne Parpalaix que “reivindicó” semen congelado de su marido, ya fallecido, obteniendo autorización judicial para ser inseminada. O el mucho más reciente caso —conocido a principios de este año— del matrimonio que convino con una mujer la inseminación artificial de ella con semen del marido con el compromiso de que el hijo que naciese sería entregado a los cónyuges. El poder de disposición de gametos se manifiesta, asimismo, en el empleo de ciertas técnicas que permitirían la selección del sexo del futuro hijo. Se alude a la posibilidad de obtener, mediante una suerte de centrifugado del semen, la separación de los espermatozoides masculinos y de los femeninos, para más tarde realizar la inseminación con unos u otros exclusivamente, a elección. También hemos tenido noticias del nacimiento de un bebé cuyo sexo habría sido predeterminado mediante este procedimiento.

Además de la manipulación de los gametos, las técnicas de reproducción humana artificial exigen la manipulación de los embriones que se han obtenido en virtud de la

fertilización *in vitro*. Como antes se señaló, la técnica de fecundación extracorporal se realiza extrayendo varios óvulos maduros mediante la superovulación provocada y fertilizando todos. Luego se transfieren al útero no un solo embrión sino dos, tres, y hasta cuatro (más de ese número amplía el riesgo de embarazos múltiples, y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo), de suerte que es posible que queden algunos embriones "sobrantes". "En estos casos —se ha explicado— estos embriones sobrantes pueden ser congelados a  $-197^{\circ}$  C, sin riesgo, y si la mujer no queda gestante en este intento, pueden serle transferidos de dos a tres meses después, sin necesidad de la incomodidad que representa la práctica de una nueva laparoscopia"<sup>8</sup>.

Pero bien puede ocurrir que la mujer haya quedado embarazada y que los embriones "sobrantes" y congelados no sean deseados por la pareja. En ese caso, tales embriones pueden ser cedidos a otra pareja que no puede obtener embriones propios. En 1984, se registra el primer nacimiento de un bebé proveniente de un embrión que había permanecido congelado durante dos meses. Es el caso de Zoe Leyland, la niña australiana, nacida en Melbourne ese año. También en 1984 se conoció la noticia de un matrimonio chileno que, habiendo fallecido ambos en un accidente aéreo, eran los padres de embriones propios que se hallaban congelados en un laboratorio australiano.

Pareciera, de tal modo, que las técnicas de fertilización *in vitro*, dado el modo en que operan, provocan la existencia de "bancos de embriones" que, mediante congelamiento, pueden ser utilizados por parejas que están imposibilitadas de obtener el embrión propio.

A su vez, el embrión propio de una pareja puede ser implantado en el útero de otra mujer debido a imposibilidad o dificultades que sufre la madre biológica para llevar a buen término el embarazo. Esto origina una inevitable distinción entre madre biológica y madre portadora (o subrogante). Existe, en la actualidad, la tendencia a promover los programas de maternidad subrogada, a efectos de integrar a la madre portadora con los padres biológicos<sup>9</sup>, pero a la

<sup>8</sup> Barré, Pedro N., *Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en la reproducción humana*, en: "La fecundación artificial: ciencia y ética", Instituto Universitario de Matrimonio y Familia de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1985, p. 39.

<sup>9</sup> Así, el denominado Programa de Maternidad Subrogada de Los

vez, se han conocido las "madres de alquiler" que, a diferencia de las portadoras que aceptan sobrellevar el embarazo por razones altruistas, lo asumen por un precio (alquiler de útero).

Estas rápidas referencias, y algunas puntualizaciones que luego haremos, en la medida necesaria a la consideración de los aspectos jurídicos, nos parecen suficientes para dejar planteadas las alternativas posibles con que trabaja la ciencia genética de hoy. Excluimos, al menos aquí, algunas hipótesis como la posibilidad del clonaje, o clonado, que ha dado lugar a las especulaciones de la partenogénesis en seres humanos<sup>11</sup>. Tampoco, es obvio, nos ocuparán otras manipulaciones consideradas injustificadas, e incluso aberrantes como podrían ser las determinadas con fines eugénicos o raciales.

#### 4. LA MANIPULACIÓN GENÉTICA Y SUS PRESUPUESTOS JURÍDICOS. RELACIONES QUE DETERMINA

Diversos aspectos fluyen a la consideración jurídica a la vista de las posibilidades que brinda la biogenética actual.

---

Ángeles, en Estados Unidos de Norteamérica, que dirige la psicóloga Nina Kellog. De acuerdo al programa, las parejas y las candidatas a madres portadoras se reúnen para entrevistarse unos a otros. Durante ese tiempo, la subrogante generalmente se liga con la pareja y comienza a considerarse como integrante de un equipo. Conf., Andrews, ¿De quién soy hijo?, en "Psychology Today", ago. 1983, p. 21.

<sup>11</sup> El clonado, según las referencias que poseemos, consiste en la fecundación mediante una célula cualquiera —no el esperma— que contiene, según se ha demostrado, toda la información genética para crear un ser idéntico al del organismo al cual pertenece. Esa célula se introduce en el núcleo del cigoto sustituyendo el embrioblasto. Se menciona que hacia 1960 un biólogo de Oxford, J. B. Gurdon logró, por este procedimiento, la reproducción de ranas, habiéndose iniciado las investigaciones en tal sentido; conf., Martín Mateo, Ramón, *Biética y derecho*, Barcelona, Ariel, 1967, p. 133 y ss., quien, siguiendo el informe de la Comisión de los Diputados para España —conocido como informe de la Comisión Palacios—, antepone a las prácticas de la biogenética, la dignidad de la especie humana a la que subordina toda manipulación e investigación genética. Y, en este sentido, enumera como desviaciones, además del clonado, la octogénesis, es decir la obtención de un ser humano íntegramente *in vitro* por reproducción en laboratorio de la gestación natural (lo que en la actualidad no es viable), la producción deliberada de gemelos idénticos, la producción, también intencional, de hijos del mismo sexo, la producción de embriones humanos con fines exclusivamente experimentales, la fecundación de óvulos de otras especies con espermia humana, la investigación o experimentación en embriones humanos viables, etcétera.

### a) Los gametos en tanto cosas

Tanto el semen como los óvulos, una vez extraídos son, jurídicamente, cosas. Esto no puede ofrecer dudas, pues si bien —como los órganos del cuerpo humano— antes de su extracción constituyen parte de la persona y son, por lo tanto, inescindibles de la consideración personal y existencial del sujeto<sup>12</sup>, cuando se los ha separado del cuerpo, dejan de formar parte de él y son susceptibles de constituir el objeto de relaciones jurídicas. Desde luego que las relaciones jurídicas que tienen por objeto la utilización de gametos muéstranse limitadas por la noción de moral y buenas costumbres<sup>13</sup>, y en esta materia —en lo que es compatible— son provechosas las consideraciones que viene haciendo el derecho sobre el trasplante de órganos humanos entre vivos<sup>14</sup>.

No nos parece conducente realizar una disquisición acerca de la titularidad del dominio sobre el semen o los óvulos extraídos. Si se parte de presuponer que la obtención de los gametos lo ha sido con el consentimiento del dador —lo contrario se opondría, casi es innecesario decirlo, al principio que veda todo acto que monoscaba el poder de disposición sobre el propio cuerpo—, naturalmente hay que concluir en que es éste quien ejerce el dominio sobre ellos.

<sup>12</sup> Conf., Latour Brotons, Juan, *El cuerpo humano como objeto de derecho*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1945, n° 185, p. 163.

<sup>13</sup> Para el derecho argentino, será aplicable la directiva del art. 933, del Cód. Civil: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición son nulos como si no tuviesen objeto".

<sup>14</sup> Conf., Cifuentes, Santos, *Estudio jurídico privado sobre trasplantes de órganos humanos*, ED, 71-829; Carranza, Jorge A., *Los trasplantes de órganos*, La Plata, Platense, 1972, p. 54 y ss.; Bergaglio de Brouwer de Koning, María T. - Bertoldi de Foursade, María V., *Trasplantes de órganos*, Bs. As., Hammurabi, 1983, p. 57 y ss., etcétera; conf., en la doctrina española: Zarraluqui - Sánchez Ezarrriaga, *La naturaleza jurídica de los elementos genéticos*, en "Revista General de Derecho", Valencia, 1986 (n° 561), p. 2432 y ss., quien señala que "los gametos son cosas, porque son susceptibles de apropiación útil e individualizada, pero son indiscutiblemente de tráfico restringido, por su especial condición y calidad". Sobre esto, ver, también: Moretti, Jean Marie y de Dinachin, Olivier, *El desafío genético*, Barcelona, Herder, 1985, p. 52 y siguientes.

También en este aspecto priva una consideración análoga a la de la doctrina que entiende que las partes separadas del cuerpo humano pertenecen *ipso iure* a quien le fueron extraídas<sup>15</sup>.

Lo fundamental, sin embargo, es vincular la extracción de los gametos –semen u óvulos– con el acto dispositivo a que se ordena la extracción. Cuando el semen es obtenido para realizar la inseminación artificial homóloga, el acto dispositivo está determinado por un acuerdo entre los esposos tendiente a obtener la concepción del hijo. Si, en cambio, el semen es obtenido para un “banco” existe, de inicio, un negocio jurídico dispositivo del donante o dador que transfiere el dominio en favor del establecimiento, autorizando a éste a la posterior utilización para una inseminación heteróloga.

b) Consideraciones acerca de la licitud  
de los actos dispositivos que tienen por objeto  
los gametos

La manipulación genética exige de un lado, como dijimos, el consentimiento de la persona a quien se le extrae el semen o los óvulos con el fin de su utilización en la inseminación artificial o fecundación extracorporal. Además, presupone un negocio o acuerdo relativo a la utilización posterior del material genético obtenido.

1) En lo relativo a la extracción del semen o de los óvulos. Entendemos que ningún contrato previo obliga al dador. Su consentimiento es revocable hasta el momento mismo de la extracción. Esto, que es doctrina aceptada cuando se trata de actos de disposición de órganos y materiales anatómicos<sup>16</sup>, debe erigirse también en un estándar hermenéutico

<sup>15</sup> Conf., Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Abaco, 1979, p. 289; Leonfanti, Marta A., *Trasplantes de órganos humanos*, LL, 1977-C-796; Gatti, Edmundo, *El cuerpo humano, el cadáver y los derechos reales*, LL, 1977-C-747, etcétera.

<sup>16</sup> El art. 13, párr. 2º de la ley argentina sobre trasplantes de órganos humanos –ley 21.941– establece: “Cualquier decisión en el sentido previsto por este artículo es revocable hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras el dador conserve capacidad para expresar su voluntad. La revocación del dador no genera en su contra derechos de ninguna clase”. Similares disposiciones legales hallamos en el Código Civil de Quebec, art. 30, *in fine*, y en la ley italiana de 1987 sobre trasplante de riñón (ley 448, art. 1º). En la legislación latinoamericana, ver, art. 7º, párr. 3º,

en materia de dación de semen o de óvulos con destino a fertilización humana artificial. En consecuencia, todo acuerdo constituirá fuente de auténticas obligaciones naturales —para el derecho argentino conforme a lo dispuesto en el art. 515, Cód. Civil<sup>17</sup>—, en el sentido de que el acuerdo no confiere acción para exigir su cumplimiento, pero el cumplimiento espontáneo del acuerdo será definitivo y válido<sup>18</sup>.

2) En lo atinente al negocio o acuerdo relativo a la utilización posterior del material genético obtenido. Es menester tener en cuenta la caracterización de sus presupuestos:

a) *Gratuidad*. Nos parece importante destacar este carácter como preeminente. En el Proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de la procreación artificial del Consejo de Europa —suscripto en Estrasburgo el 17 de octubre de 1984— se dispone que “no se permitirá la obtención de beneficio alguno por donaciones de óvulos, espermatozoides, embriones o cualquier otro elemento proveniente de ellos”. En la recomendación —art. 12, Proyecto citado— se deja a salvo, no obstante, “la pérdida de ganancias así como los gastos de transporte y otros causados directamente por la donación”, los cuales “podrán restituirse al donante”.

La gratuidad está también implícita en las denominadas recomendaciones de la Comisión Warnock del Reino Unido<sup>19</sup>, cuyo párr. 25 señala que “debe tenderse hacia un sistema en que a los donantes de semen se les pague únicamente sus gastos”. Es obvio que la dación de gametos no debe constituir una fuente de lucro, pues “prácticamente queda-

---

Cód. Civil boliviano de 1978: art. 10 de la ley venezolana sobre trasplantes de 1972; art. 2° de la ley uruguaya sobre la materia, etcétera.

<sup>17</sup> Téngase en cuenta que la enumeración de supuestos de obligaciones naturales que realiza el art. 515 es meramente enunciativa, y no taxativa según doctrina corriente en Argentina. Conf. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1988, p. 281, § 11, y citas de la nota 48.

<sup>18</sup> La irrevocabilidad de la dación se traduce, estrictamente, en irrevocabilidad del semen o los óvulos espontáneamente entregados por el donante.

<sup>19</sup> La comisión lleva el nombre de la investigadora de Oxford, Mary Warnock, que produjo en julio de 1984 el *Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology*, en “La fecundación artificial: ciencia y ética”.

ría abierta una compuerta de dudosa moralidad<sup>20</sup>. Dentro de esa gratuidad queda comprendida, también, la restitución de los gastos, porque de lo contrario se estaría frente a una dación onerosa para el donante. Tampoco pesarán sobre éste los gastos que demande el acto médico de utilización del semen o los óvulos en la fertilización extracorporal, o inseminación artificial.

b) *Capacidad*. La legislación debería prever la capacidad para la donación de semen u óvulos con destino a su utilización por terceros. Tal capacidad no se limitará, eventualmente, a una cuestión de edad de los sujetos donantes, sino que requerirá la comprobación de que ellos no padecen de afecciones genéticas transmisibles hereditariamente. Desde luego no se trata de seleccionar dadores con finalidad eugenésica o racial, pues esto repugna principios elementales de ética, pero sí se trataría de evitar, pudiéndose hacer, la fertilización utilizando gametos que, previsiblemente, afecten en el futuro la salud del nacido<sup>21</sup>.

Además debe tenderse a limitar el número de fertilizaciones o inseminaciones a realizar con gametos del mismo donante<sup>22</sup>, para evitar la posibilidad del incesto inconsciente entre sus hijos. La cuestión se vincula, obviamente, con el anonimato en que permanecerá el donante, de lo cual nos ocupamos seguidamente.

c) *Anonimato*. Es éste uno de los temas que seguramente más controversias puede provocar. En su momento, y adoptando una posición que hoy reconocemos excesivamente rígida, dijimos que deben tipificarse como delitos,

<sup>20</sup> Cifuentes, *Estudio jurídico privado sobre trasplantes de órganos*, ED, 77-841.

<sup>21</sup> El art. 7° de las recomendaciones del Proyecto preliminar del Consejo de Europa prevé: "El facultativo o el establecimiento que utilicen las técnicas de procreación artificial deberán realizar las oportunas averiguaciones e investigaciones con el fin de prevenir la transmisión por parte del donante de cualquier enfermedad hereditaria o infecciosa, o de otros factores que puedan suponer un peligro para la salud de la mujer o del futuro niño".

<sup>22</sup> El párr. 22 de las recomendaciones de la Comisión Warnock, entiende que "por ahora, debe establecerse un límite de diez niños engendrados por cada donante". El párr. 28 hace extensible la previsión respecto del número de niños nacidos de los óvulos de una donante. El art. 19 del Proyecto preliminar del Consejo de Europa no establece el número pero coincide en que "el número de niños nacidos de los gametos de un donante en concreto será limitado para evitar la producción de un posible incesto".

entre otras, las conductas que, en los casos de inseminación artificial y fecundación extrauterina heterólogas, impliquen quebrar el anonimato del dador del semen o de la dadora del óvulo y, a su respecto, el anonimato de la receptora<sup>20</sup>.

El planteo del anonimato es, no obstante, objeto de importantes reflexiones en los últimos tiempos. Por un lado ha tenido en consideración que tanto la dación de gametos, como su recepción, integrarían el ámbito de la intimidad y que, en consecuencia, debe preservarse toda intrusión que quiebre el secreto o la reserva, si se prefiere, que dadores y receptores tienen derecho a pretender. Pero por otro lado, se ha advertido que el anonimato, llevado al extremo, "en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada —el hijo, y su derecho a la intimidad— lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación", y, en definitiva, "a la instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico, o a contar con ese dato para la defensa de intereses morales o materiales"<sup>21</sup>. En este sentido, la ley sueca —la primera ley europea sobre este tema, que data del 20 de diciembre de 1984— dispone que los datos del donante deben ser registrados y conservados en un diario especial durante por lo menos setenta años, teniendo el hijo, al alcanzar madurez suficiente, derecho a acceder a esos datos (arts. 3º y 4º). Se cita también un proyecto de ley para el Estado de Michigan que exigiría que cuando el niño cumpla dieciocho años reciba el nombre y la historia clínica de cualquier donante de esperma, óvulo o embrión o madre subrogante<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 134, n° 23, B, d.

<sup>21</sup> Vidal Martínez, Jaime, *La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos*, L.L. 1986-D-1035.

<sup>22</sup> Conf. Andrews, ¿De quién soy hijo?, en "Psychology Today", p. 21. Se señala que en el Banco de Esperma de California del Norte, que comenzó a funcionar en 1982, se explica a los donantes que pueden dejar su nombre y dirección para ser entregado al niño cuando éste cumpla dieciocho años, y que más de un 20% de donantes lo hacen. Es claro que los administradores de bancos de semen temen que la exigencia de revelar sus nombres pudiese disuadir a la mayoría de potenciales donantes. Sin embargo, una encuesta realizada por Robyn Rowland, de la Universidad de Deakin, en Victoria, Australia, revelaría que el 80% de los donantes consultados dijeron que no veían ningún problema en que el niño se contactara con ellos luego de cumplir los dieciocho años. Este porcentaje refrendaría, para Rowland —según lo dice Lori Andrews— "la opinión de quienes ale-

El tema no ha recibido respuestas concordantes en las recomendaciones de la Comisión Warnock y del Proyecto preliminar del Consejo de Europa, respectivamente. El párr. 18 de las primeras señala, sin matices, que "como medida de buen procedimiento cualquier tercero que done gametos para el tratamiento de esterilidad debe ser desconocido para la pareja, antes, durante y después del tratamiento; igualmente el tercero no debe tener conocimiento de la identidad de la pareja asistida". En tanto el art. 6º, párr. 1º, del Proyecto preliminar del Consejo de Europa, señala que el profesional y equipo del establecimiento médico que utilicen las técnicas de la procreación artificial deben mantener el anonimato del donante y secreto de la identidad de los miembros de la pareja así como del hecho de la procreación artificial. "Sin embargo —añade el párr. 2º—, la legislación podrá prever que el niño, a su mayoría de edad, pueda tener acceso a la información referente a la forma de su concepción y las características de su donante. (Podrá también, en casos apropiados y si las personas interesadas estuviesen informadas de esta posibilidad antes de que la fecundación tuviese lugar, ser notificado de la identidad del donante)."

Creemos que una actitud prudente en la cuestión, al menos por ahora, aconseja adoptar una solución intermedia: ni el anonimato impuesto a ultranza, ni la obligación legal de informar al hijo acerca de los datos del donante y la forma de su concepción. Quizá esa solución intermedia —que respetará el derecho y el deber que tienen los padres de hablar con verdad al hijo, y el derecho de éste de acceder a la información indispensable— implica la obligación del establecimiento o del facultativo de recoger y conservar todos los datos relativos al donante y de la pareja, los que deben ser secretos y sólo podrán ser exhibidos por orden judicial o a requerimiento de la pareja o del hijo, para información de éste, cuando fuese mayor de edad. Respecto del donante, en principio no sería informado de la pareja receptora, salvo conformidad expresa de ésta<sup>28</sup>.

---

gan que, al igual que en el caso de la adopción, los niños nacidos gracias a la inseminación artificial con semen de donante deben tener acceso a la información acerca de sus padres biológicos".

<sup>28</sup> En este último aspecto es deseable, no obstante, prevenir a tiempo, eventuales conflictos. En el trabajo de Lori Andrews que venimos citando, se hace referencia a Mike, un donante del Banco de Esperma de California del Norte, que ha dado autorización para revelar su nombre y tiene intenciones de preparar un "expediente" acerca de sí mismo para que la

c) Consideraciones acerca de la licitud en el uso de las técnicas de reproducción humana artificial

Corresponde en este punto detenernos en las cuestiones jurídicas (y las implicancias de orden ético) que suscitan las distintas técnicas de reproducción humana artificial. Cuestiones jurídicas que exigen pronunciarse acerca de la licitud o ilicitud que cada una, en su caso, han de involucrar. Para los países que, como Argentina, no cuentan con normas en el derecho positivo, se trata de consideraciones de política legislativa cuya trascendencia es inocultable, pues determinarán los límites que, al menos de *lege ferenda*, deben imponerse a tales prácticas.

Prima, en la consideración de la cuestión, una directiva fundamental: la exigencia de que las técnicas de reproducción humana mediante inseminación artificial, o, en su caso fecundación extracorporal, respondan a la finalidad de remediar la infecundidad, cuando ésta no haya podido ser resuelta de otro modo<sup>27</sup>. Es decir, no se trata de técnicas alternativas de procreación. Bien se ha señalado que "teniendo en cuenta la existencia de otras alternativas válidas a la esterilidad, las técnicas de procreación asistida no han de ser consideradas como las únicas, y, consiguientemente, buscadas como la solución únicamente disponible"<sup>28</sup>.

El derecho debe atender el interés de todos aquellos involucrados en la procreación artificial, pero fundamentalmente el interés del hijo y de la sociedad que, como tal, aspira a que no sean desnaturalizados los principios de respeto a la persona. Las manipulaciones genéticas, entre asombros y temores, plantean, una vez más, un desafío secular: establecer qué dimensiones o aspectos de una concepción

---

madre pueda mostrárselo a su hijo. Mike dice que, incluso, desearía participar en el proceso de crianza. Se conocen, en los Estados Unidos, algunos precedentes judiciales que han acordado a un donante el derecho de visitar semanalmente a un niño concebido con su semen. En el caso, la madre del niño es una enfermera diplomada que realizó por sí misma la inseminación utilizando como donante a un hombre "reclutado" por un amigo.

<sup>27</sup> Zerauquí - Sánchez Ezarraga, La naturaleza jurídica de los elementos genéticos, en "Revista General de Derecho", Valencia, 1988 (n° 301), p. 3452.

<sup>28</sup> Gaffo, Javier y otros, Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1988, p. 57.

moral considerada válida pueden o deben reflejarse en la regulación jurídica. Es inevitable que se plantee una tensión entre la concepción, diríamos liberal, que postula el principio de la autonomía de la persona y las concepciones del perfeccionismo ético, según las cuales lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida, pudiendo el Estado, a través de distintos medios, dar preferencias a aquellos intereses y planes de vida que serían objetivamente mejores. Por nuestra parte optamos por la concepción liberal de la autonomía de la persona y –siguiendo a Nino<sup>20</sup>– consideramos que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir con esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente, impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”<sup>21</sup>.

A esta altura se nos advertirá que en el caso que analizamos no está sólo, ni siquiera preponderantemente, la libre elección individual de planes de vida, pues la procreación afecta a quien –el hijo, concebido mediante inseminación artificial o fecundación extracorporal– habrá de ser una existencia distinta y personal que no admite ser reducida a ser sólo un medio de realización de planes de vida de quienes quieren ser sus padres.

Por eso, coincidimos, “el principal límite ético es el valor que tiene en sí el hijo que se busca. El hijo no es un bien útil que sirve para satisfacer necesidades, en sí muy nobles, de los individuos o de la pareja. El hijo es un valor en sí y como tal ha de ser amado y buscado. La gratitud y no la utilidad es la ley de la transmisión de la vida humana”<sup>22</sup>. En tal sentido, el Comité Consultivo nacional de ética para las ciencias de la vida y la salud de Francia, ha con-

<sup>20</sup> Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984, p. 134.

<sup>21</sup> Anticipa Nino que “mientras que la posición liberal en esta materia es que el derecho no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal o planes de vida (que presuponen a su vez algún modelo de virtud personal) la posición opuesta es que la misión del Estado es hacer que los hombres se orienten correctamente hacia formas de vida virtuosa e ideales de excelencia humana” (Nino, *Ética y derechos humanos*, p. 134).

<sup>22</sup> Gaffo y otros, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, p. 58.

siderado en su opinión que el interés del futuro niño funda un criterio de responsabilidad que conduce no sólo a preguntar acerca del derecho de los individuos de ser padres, sino también acerca de las relaciones que se establecerán entre ellos y el niño<sup>22</sup>.

Esto es verdad, aunque debería delimitarse en el razonamiento la licitud, de toda elección libre en favor de la paternidad y la maternidad (quienes acuden a las técnicas de procreación humana artificial desean ser padres y eligen positivamente serlo, del mismo modo –en cuanto a la elección de la paternidad– que quienes engendran naturalmente a un hijo, o quienes adoptan a un niño) de la eventual ilicitud de aquellas prácticas que importen la instrumentalización de la vida humana para otros fines o intereses, o que puedan menoscabar la dignidad de la persona como ser existencial. Entendemos que, en estos límites, el derecho puede admitir la ilicitud de las opciones personales.

Por lo expuesto, consideramos además que la valoración moral o ética que nos merezca a cada uno, individualmente, la adopción de determinadas técnicas –p.ej., la inseminación heteróloga de la mujer casada, o la fecundación extracorporal de óvulos con semen de un donante– integran el ámbito de reserva de las acciones personales de los hombres y, por ende, el entorno de la privacidad que, en nuestro país, reconoce explícitamente el art. 18 de la Const. Nacional<sup>23</sup>. Sólo interesarán al derecho, en la medida que a través de ellas se afecte la dignidad de la persona.

En este sentido y en términos generales diremos que el empleo de procreación humana artificial debe garantizar la incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre. Lo primero –incondicionalidad de la procreación– exige que la técnica se aplique al solo fin de procrear, sin condicionar –o subordinar– la procreación a otros fines o intereses. Si esto último ocurriese, la persona humana es considerada como medio y no como un fin en sí, y esto menoscaba su dignidad. Lo segundo –atribución del hijo exclusivamente

<sup>22</sup> Conf. L'avis du Comité d'éthique, en "Problèmes politiques et sociaux", n° 520, 4/10/85, p. 19.

<sup>23</sup> "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados" (Art. 18, parte 1ª, Const. Nacional).

a un padre y a una madre— significa que debe acudirse a estas técnicas cuando ellas son requeridas por quienes, no obstante la esterilidad que padecen, están en condiciones de asumir la paternidad y la maternidad en razón de un emplazamiento matrimonial estable que además de garantizar al hijo un medio familiar adecuado, no lo exponga a situaciones de incertidumbre en cuanto a su filiación.

#### d) Inseminación artificial homóloga y heteróloga

1) Inseminación homóloga. Es efectuada con semen del marido, y no provoca reparos, a nuestro juicio, ni genera conflictos jurídicos en tanto la concepción del hijo se realiza naturalmente. En su momento respondimos las objeciones de orden ético que tradicionalmente se han formulado<sup>24</sup>, las que, entendemos carecen de fuerza de convicción<sup>25</sup>.

Queda, no obstante, el margen de discusión relativa a la posibilidad de autorizar la inseminación homóloga con semen del marido, luego de su fallecimiento. Esto presupone, como se ha señalado<sup>26</sup>, la disponibilidad por la viuda del semen congelado de su marido antes de morir para concebir

<sup>24</sup> Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 115 y ss., n.º 21.

<sup>25</sup> Se insiste en que "la satisfacción de una aspiración individual, aunque sea legítima, no justifica que el orden natural sea violado, porque las consecuencias sociales que se derivan de dicha violación son negativas y totalmente desproporcionadas con el bien particular que puede obtenerse de tal conducta" (Mazzinghi, *Breve reflexión sobre la fecundación "in vitro"*, L.J. 1978-C-994). A esto respondimos que si por medio de la inseminación homóloga, que no excluye la entrega mutua en el acto conyugal, marido y mujer engendran un hijo, no han contrariado la naturaleza ética de la fecundación. Ni tampoco ese procedimiento violenta la naturaleza biológica de la procreación. Si el hombre no asumiera la naturaleza, la fecundación y hasta mejorara sus procesos, toda cirugía debería ser proscripta, toda ingestión de medicamentos y fármacos sintéticos o antibióticos, rechazada; no se concebiría, por ejemplo, el trasplante de órganos, como el riñón, la extirpación de tumores cancerosos, la cirugía cardiovascular.

Desde otro punto de vista es sorprendente que se continúe argumentando que todo el procedimiento se desarrolla a partir de un acto inmoral, pues el semen se extrae mediante la masturbación. Además de que ello no es así —el semen puede obtenerse por masajes y medios eléctricos, como la electroeyaculación— es absurdo predicar la inmoralidad de un acto necesario que no tiene por finalidad "procurar solitariamente goce sensual" —como afirma Di Cío, *La inseminación artificial*, p. 67— sino la procreación. Del mismo modo debería predicarse la inmoralidad de las espermozas...

<sup>26</sup> Zarzaliqui, Luis, *La inseminación artificial heteróloga y la filiación*, ponencia inédita en Argentina, que el autor presentó en la Universidad de Belgrano, en el Congreso de Derecho de Familia, durante 1985.

un hijo sin padre. Nos parece que este tipo de acuerdo previo entre los cónyuges, en previsión de la muerte del marido y la imposibilidad actual de la esposa de concebir al tiempo en que aquél deposita el semen, quiebra de algún modo la incondicionalidad de la procreación del hijo, pues, amén de ser la exteriorización de lo que llamaríamos una "fantasa de inmortalidad genética"<sup>37</sup>, pretende, a priori, atribuir la concepción, del hijo a un padre ya fallecido<sup>38</sup>. Consideramos que no deberían autorizarse inseminaciones en esos supuestos, ni admitirse demandas tendientes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda. Antes bien, debería disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia que, eventualmente, plantease una inseminación heteróloga en favor de otro matrimonio con ese semen conservado<sup>39</sup>. De todos modos si la inseminación se practicara y naciese el hijo, éste no podría alegar derechos hereditarios respecto de su padre, muerto antes de la concepción, aunque el derecho positivo debería prever las demás consecuencias que, en orden al parentesco consanguíneo por la rama paterna, puedan resultar<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> La dejamos sugerida en nuestro libro: *Inseminación artificial*, p. 78, nota 45. "La moderna biología logra que los seres humanos —u otros seres vivos— puedan transmitir la vida después de su propia muerte física. Ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Podría afirmarse entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Sin embargo, la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación. ¿Por qué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenece no ha muerto definitivamente?"

<sup>38</sup> Lo cual, dicho sea de paso, podría encubrir otros fines, como los hereditarios, o de otra índole.

<sup>39</sup> No se olvide que el semen fue conservado, pero no donado a fin de su utilización por terceros. De suerte que su disposición para inseminaciones heterólogas contrariaría el fin al que se ordenó la conservación.

<sup>40</sup> La ley —entendemos— no podría dejar de atribuir la paternidad a ciertos efectos. Al menos a fin de proteger el interés familiar del hijo que, en caso contrario, carecería de filiación paterna.

El art. 11 del Proyecto preliminar del Consejo de Europa dispone: "No se permitirá la procreación artificial llevada a cabo con semen del marido o compañero difunto. (Sin embargo, un Estado podrá permitirlo siempre y cuando se establezcan los derechos de las personas resultado de ese nacimiento)."

2) **Inseminación heteróloga.** Ya hemos dejado aclarado que la decisión personal del matrimonio (infecundo (por esterilidad del marido) de recurrir a este procedimiento para concebir un hijo, constituye el ejercicio de una opción personal que, siendo libremente asumida por los dos cónyuges, queda reservada a la esfera de su autonomía personal<sup>41</sup>.

Pero el derecho positivo debería prever condiciones que aseguren la incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre. En tal sentido, destacamos la conveniencia de exigir:

a) **Consentimiento de ambos cónyuges.** En tal sentido parecen orientarse concordantemente las conclusiones de las recomendaciones y proyectos legislativos. El art. 4º del Proyecto preliminar del Consejo de Europa, señala que "las técnicas de procreación artificial únicamente podrán realizarse si las personas interesadas han prestado su consentimiento notificado de forma expresa (y por escrito)". Y el párr. 21 de las recomendaciones de la Comisión Warnock establece: "El consentimiento formal por escrito de la pareja debe siempre ser obtenido como medida de buen procedimiento antes de comenzarse el tratamiento de inseminación artificial por donante. El impreso de consentimiento debe ser explicado a ambas partes".

También se alude al consentimiento en un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados de Italia en febrero de 1985<sup>42</sup>. La cuestión se vincula con la eventualidad de que el marido de la mujer inseminada con esperma de donante pudiese, más tarde, desconocer la paternidad del hijo dado a luz por ella exponiéndolo a una situación de incertidumbre en cuanto a su filiación.

b) **Asunción de paternidad por el marido.** Se ha sostenido que debiera requerirse, no sólo el consentimiento expreso y escrito del marido sino que, además, éste debe asumir la paternidad del hijo que conciba su esposa mediante inseminación con semen de donante<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Con el alcance que señalamos en el texto, modificamos nuestro planteo de tipo ético que expusimos en el libro: *Inseminación artificial*, especialmente, p. 80 y ss., n° 12.

<sup>42</sup> Lo cita Vidal Martínez, *La aplicación de la inseminación artificial*, LL, 1988-D-1028.

<sup>43</sup> Zarraluqui, *La inseminación artificial heteróloga y la filiación*, ponencia citada en nota 38 de este trabajo. Se tiende a "evitar el riesgo de

Por nuestra parte creemos que, en la medida que el derecho positivo vede la acción de impugnación de la paternidad en el caso de que el marido hubiese dado consentimiento a la inseminación, está, por vía legal atribuyendo la paternidad impidiendo al marido ir contra sus propios actos (*versus contra factum*)<sup>44</sup>. De esto nos ocupamos más adelante.

c) *No admisión de inseminaciones en mujeres no casadas actualmente.* Hemos dicho<sup>45</sup> que la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independiente de la función institucional que ella cumple socialmente. En ese sentido nos parece que no debería admitirse la inseminación artificial en mujeres solteras<sup>46</sup>, ni tampoco en viudas que conservan el estado de viudez. Es dudosa la situación de la mujer que convive maritalmente de hecho –pareja no matrimonial– si su compañero presta consentimiento expreso a la inseminación y reconoce<sup>47</sup> al

---

que tal decisión del marido se adopte sólo a la vista del resultado y se rechacen los hijos tarados, disminuidos o que, simplemente, por su sexo u otra condición, no cumplan los deseos del candidato a padre”.

<sup>44</sup> Así lo propusimos en nuestro proyecto de ley de filiación, como lo recordamos en nota 4, y lo establecen diversas legislaciones positivas, a las que nos referiremos en el punto 5. Para el derecho argentino, es importante acotar que, también en ese sentido, se pronunciaron las Segundas Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Processal Civil (Junta, 1986), al señalar que “sea por aplicación de la doctrina de los propios actos, o por la imposibilidad de alegar la propia torpeza, cuando el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación heteróloga habiendo mediado consentimiento expreso del marido, éste no podrá iniciar acción de impugnación de la paternidad”. Ver, Biscare, Beatriz R. - García de Ghigliano, Silvia, *Desconocimiento o impugnación de la paternidad habiendo mediado inseminación artificial heteróloga*, en LL, 1987-B-932.

<sup>45</sup> Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 54, n° 7, C.

<sup>46</sup> Conf., Andorno, *El derecho frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia argentina y latinoamericana*, Zeus, 7/88; Vidal Martínez, *La aplicación de la inseminación artificial*, LL, 1986-D-1038-1039. Este autor señala, también, que en un proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional francesa el 18 de mayo de 1984, por el cual no se autoriza la inseminación artificial más que entre esposos y cuando tiene por objeto poner remedio a la esterilidad de la pareja (art. 3°). Refiere también que en Francia uno de los más importantes bancos de semen, el denominado Centre d'étude et de conservation du sperme –CECOS– que, junto a otro, asumen en todo el territorio francés aproximadamente el 80% de la actividad total de conservación de semen con miras a su aplicación en inseminación artificial, no atiende las demandas de mujeres solteras, ni aquellas cuyo compañero ha fallecido.

<sup>47</sup> Respecto del compañero no regiría ninguna presunción de paternidad a priori de modo que se requeriría el reconocimiento expreso del hijo.

hijo antes de practicarse ella. Tanto en las recomendaciones de la Comisión Warnock como en el Proyecto preliminar del Consejo de Europa pareciera, implícitamente, admitirse ya que se alude al matrimonio o "pareja". Nos inclinamos, no sin vacilaciones, por un criterio restrictivo, entendiendo que no debe negarse al hijo, en principio, "ninguno de los beneficios de una familia completa, máxime si tenemos en cuenta que la inseminación artificial por donante tiene una razón de ser y un objetivo, que es el remedio a las consecuencias de la esterilidad masculina, pero en modo alguno puede constituir un sistema de procreación alternativo del normal"<sup>48</sup>.

d) Exclusión de modalidades. En este sentido, consideramos que, dispuesta la inseminación artificial heteróloga, deben excluirse las modalidades que implicaran, por un lado, condicionar el nacimiento del hijo —o la atribución de la maternidad y la paternidad— a resultados preordenados, tales como selección del sexo del hijo, o por otro, la manipulación de los gametos masculinos donados en atención a otros fines, tales como la mezcla de semen fecundante de dos o más dadores.

e) Exclusión de toda relación de filiación entre el dador del semen y el hijo. El acuerdo por el cual alguien entrega su semen fecundante —señalamos antes— constituye una obligación natural en el sentido de que no confiere acción para exigir su cumplimiento, pero el cumplimiento espontáneo del acuerdo será definitivo y válido. Esto implica la irrevocabilidad de la dación, que se traduce en la irrepetibilidad de lo dado (ver nota 18).

En este contexto, también debe quedar excluida toda modalidad de la dación respecto del donante, quien debe considerarse que entrega su semen pura y simplemente con el fin de su utilización por un matrimonio estéril o infecundo, que asumirá la paternidad y la maternidad exclusiva del hijo que nazca. Está, en esto, implicada la que denominamos incondicionalidad de la procreación del hijo. Concordamos, en este sentido, con el art. 9º, párr. 2º del Proyecto preliminar del Consejo de Europa: "Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artifi-

<sup>48</sup> Zarraluqui, *La inseminación artificial heteróloga y la filiación, presencia inédita*.

cial. Ningún procedimiento por manutención del hijo podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra un niño<sup>49</sup>.

f) Selección del semen y de donantes. Siendo que la prestación de los servicios a las parejas estériles debe organizarse con los debidos controles estatales (ver n° 4, g), los centros o clínicas habilitadas para esa prestación deben contar con los medios idóneos para que el semen donado sea, previa selección e individualización, adecuadamente conservado. Tal selección exigirá un adecuado análisis de las características físicas –fenotipo– de cada donante, evitando fertilizaciones futuras que pudieren adolecer de afecciones genéticas transmisibles hereditariamente, enfermedades infecciosas, etcétera.

La selección, dentro de estos límites es no sólo admisible sino conveniente, como lo recordáramos antes<sup>50</sup>. Lo que no es admisible es toda otra selección que no responda a los fines señalados –p.ej., razones eugenésicas o raciales– o que pretendiera garantizar al matrimonio estéril determinados resultados, así como responder a deseos personales de recibir el semen de determinadas características que excedan las del fenotipo compatible con los que serán los padres del hijo.

#### e) Fecundación extracorporal

La manipulación de embriones es el resultado inevitable de la técnica denominada como fertilización *in vitro*. Según ya explicamos antes, la técnica exige que, extraídos los óvulos, éstos sean fecundados en la probeta con el espermatozoide del marido o de un donante. La técnica, que culmina con la implantación de los embriones en el útero materno, suscita nuevos cuestionamientos y replanteos.

La ciencia no pone en duda que la vida, como síntesis de la fecundación, se produce a partir de la formación del embrión. Esto ocurre en el laboratorio, fuera del seno materno, utilizando una expresión tradicional. Ello –se ha señalado– nos sitúa “ante los interrogantes genéticos fundamentales en torno al *status* del embrión humano, y que

<sup>49</sup> Concuera con esto el art. 12, del mismo Proyecto: “La donación de gametos para la procreación artificial debe ser incondicional (y no puede ser revocada)”.

<sup>50</sup> Ver, *supra* en este parágrafo, núm. 4, b, 2, b y nota 21.

podríamos concretar en esta doble pregunta: ¿cuándo comienza la vida? ¿cuándo esa vida que empieza es ya humana?<sup>31</sup> A la primera pregunta se responde que la vida comienza en el momento mismo de la fecundación, que hace surgir una realidad nueva y distinta, “con una potencialidad propia y 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>32</sup>. En cambio, la respuesta a la segunda pregunta es harto polémica. De un lado pesan –y no poco– las doctrinas teológicas que han reputado que la vida humana comienza en la infusión del alma, creada por Dios, en el cuerpo humano. La doctrina oficial de la Iglesia Católica considera que el momento de la animación coincide con la fecundación misma<sup>33</sup>, aunque una corriente de teólogos consideran que el *status* plenamente humano no puede predicarse del embrión, antes de su anidación en el útero<sup>34</sup>.

Precisamente en este punto la ciencia considera que la vida, que comienza con la fecundación, no se individualiza antes de culminar el proceso de anidación en el útero. Ello así por cuanto la individualización del nuevo ser presupone la unicidad y la unidad de éste, lo que no existe en las etapas del desarrollo embrionario anteriores a la terminación de la anidación. Se ejemplifica con el caso de gemelos monocigóticos que se forman por la división de un embrión, lo que puede suceder dentro de los catorce días –aproximadamente– de la fecundación<sup>35</sup>, de lo cual es fácil colegir que en la etapa embrionaria anterior, no existía, todavía, la unicidad del nuevo ser.

<sup>31</sup> Lacadena, Juan J., Aspectos genéticos de la reproducción humana, en “La fecundación artificial: ciencia y ética”, p. 13-14.

<sup>32</sup> Lacadena, Aspectos genéticos de la reproducción humana, en “La fecundación artificial: ciencia y ética”, p. 14.

<sup>33</sup> En la Constitución *Caudium et Spes* del Concilio Vaticano II se declara que “la vida humana, desde su concepción ha de ser salvaguardada con máximo cuidado” (n° 51). En 1974, la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, señala: “el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de 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 fuera ya en aquel momento” (n° 12).

<sup>34</sup> Conf. Vidal, Marciano, El “status” humano del embrión. Interrogantes y afirmaciones de la teología actual sobre el comienzo de la vida humana, en “Fecundación artificial: ciencia y ética”, p. 74.

<sup>35</sup> Lacadena, Aspectos genéticos de la reproducción humana, en “Fecundación artificial: ciencia y ética”, p. 16-17.

Aquí se centra uno de los temas conflictivos más agudos. De un lado, no puede negarse que, al producirse la fecundación –a partir de la unión de dos células diferentes, óvulo y espermatozoide– se origina el cigoto que reúne, desde el momento mismo de su formación, toda la información genética para programar la formación del nuevo ser. Sin embargo a partir de ese momento se inicia una etapa que transcurre del cigoto a la mórula, de ésta al blastocisto y finalmente a la anidación en que, todavía, el embrión no ha adquirido su propio ARN (ácido ribonucleico), pues tiene, aún, el del óvulo. De tal modo, si bien el embrión en esa primera etapa tiene su propio ADN (ácido desoxirribonucleico) que contiene la información genética, carece aún de capacidad propia para transmitir esa información hereditaria a sus propias células mediante el ADN<sup>36</sup>. De otro lado, recién a las dos semanas se forma la llamada cresta neural, que es el conjunto de células embrionarias que constituyen el germen primordial del sistema nervioso, y a partir del cual ya queda definida la individualización del nuevo ser.

Más allá de las argumentaciones científicas acerca del momento en que la vida se individualiza en el ser único y uno, nos parece incontestable que “la vida humana en gestación no pertenece al género de cosa”, y “ha de medirse desde la valoración de sujeto”<sup>37</sup>. La distinción entre vida humana y vida humanizada, no debe hacerse mediante una concepción reductiva de la alteridad, que no expresa la exigencia moral del ser humano. “La vida humana merece todo el respeto desde el momento de la fecundación”<sup>38</sup>.

En el ámbito del derecho positivo argentino, en particular, éste es uno de los aspectos que merece destacarse prioritariamente en el contexto de la protección brindada por el Código Civil de Vélez Sársfield a la personalidad. El art. 70 dispone enfáticamente que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”. Resulta sugestivo que el codificador se apartara de la tradición romanista y prefiriera adherir a Freitas –autor del anteproyecto de Código Civil para Brasil, conocido como el Esboço–, en este punto, constituye el innovador.

<sup>36</sup> Zarraluqui - Sánchez Ezarrriaga, *La naturaleza jurídica de los elementos genéticos*, en “Revista de Derecho”, Valencia (n° 503), p. 2458.

<sup>37</sup> Vidal, *El “status” jurídico del embrión*, en “Fecundación artificial: ciencia y ética”, p. 75.

<sup>38</sup> Vidal, *El “status” jurídico del embrión*, en “Fecundación artificial: ciencia y ética”, p. 75.

Sabido es que entre los presupuestos del comienzo de la persona física, los romanos aludían al nacimiento efectivo<sup>48</sup>, y por eso se consideraba que antes del alumbramiento, “no se dice con razón que el feto sea todavía un ser humano”<sup>49</sup>. En tal sentido se reputaba que el concebido era parte de la madre: *mulieris portio est*, aun cuando se afirmase, según un proverbio vulgar que “al concebido se lo tiene por nacido en todo cuanto le beneficia” –*conceptus o nasciturus pro iam nato habetur*–<sup>50</sup>.

El art. 221 del Esbozo en cambio proponía: “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas, y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido”. Como se nota este precepto es la fuente del art. 70 del Cód. Civil argentino, aunque el codificador en la nota –como ha ocurrido tantas veces– no citara a Freitas, y, en cambio, se detuviera en las explicaciones de Savigny acerca de la doctrina romana. Además, es interesante recordar que Freitas al anotar el art. 221 de su proyecto señalaba que, a la sazón, sólo el Código de Prusia se apartó de la ficción que había consagrado la tradición romanista al reputar que al concebido se lo tiene por nacido en todo lo que le beneficia. Apuntaba que el referido Código prusiano dispuso que “los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos que no son aún nacidos a contar desde el momento de la concepción” (Parte I, Tit. I, art. 10). De ahí en más desarrolla en esa nota su ataque contra la doctrina savigniana de que la capacidad natural comienza con el nacimiento completo<sup>51</sup>.

Puede asignarse al codificador argentino una visión que vino a privilegiar el concepto de vida humana<sup>52</sup>, sustrato

<sup>48</sup> Además aludían al nacimiento con vida porque, según se lee en el Digesto, 30, 18, 112: *qui mortui nascuntur, neque sibi neque procreati videtur* y, también, se referían a la exigencia de que el nacido tuviese forma humana. El requisito de la viabilidad se enunciaba mediante la idea de *partu perfecto*.

<sup>49</sup> Digesto, Libro XXXV, Tit. II, ley 8, según texto de Papiniano.

<sup>50</sup> Bonfante, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, I, 2, 1.

<sup>51</sup> “No concibo –dice Freitas– que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona. Si se atribuye derechos a las personas por nacer, aunque, como dice Savigny, en un orden especial de hechos; si los que deben nacer son representados... dándoles curador, que se ha denominado curador al vientre, es forzoso concluir que existen ya y que son personas, pues la vida no se representa”.

<sup>52</sup> Sería posible discurrir extensamente acerca de la distinción entre los conceptos de vida humana y persona. Hacemos notar que el nuevo

del concepto material de persona, más allá del puramente formal determinado por la capacidad jurídica. La riqueza del deslinde, insospechado para el mismo Vélez, vuelve a cobrar actualidad hoy, justamente cuando las ciencias biológicas, a través del avance vertiginoso de la biogenética, plantean alternativas ciertas para la creación y –paradójicamente– destrucción de vida humana a través de la manipulación genética; vida humana que para el Código Civil ya sustenta la existencia de la persona. No es difícil inferir qué distinto es partir de la base de la ficción romanista, de suerte que el embrión humano no sea reputado persona, que partir del respeto a la vida humana genéticamente completa en ese embrión, a la hora de definir cuestiones tales como la tipificación del delito de aborto, la licitud o ilicitud del “descarte” de embriones, manipulaciones de orden eugénico, etcétera.

Desde esta concepción, señalamos entonces ciertas directivas fundamentales, a nuestro juicio, que limitan o condicionan el empleo de esta técnica de procreación:

1) *Incondicionalidad de toda fertilización “in vitro”*. Señalamos antes que cualquier técnica de procreación halla justificación sólo si se emplea garantizando la incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre<sup>46</sup>. En el caso que analizamos aquí, a la manipulación de gametos sobreviene la manipulación de embriones. Si aquéllos son, una vez separados del cuerpo, cosas en sentido jurídico<sup>47</sup>, los embriones humanos, en cambio, merecen el tratamiento de persona o, si se prefiere, vida humana atribuible al ser, como sujeto del derecho<sup>48</sup>.

---

Código Civil peruano de 1984 en su art. 1° realiza el deslinde, ya que de un lado declara que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”, pero “la vida humana comienza con la concepción”, siendo el concebido sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. El concebido, se ha dicho a la vista de esta norma, es un sujeto de derecho, aunque no sea persona. Conf., Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas*, Lima (Peru), Studium, 1986, p. 27. También en nuestra doctrina la cuestión ha sido planteada por Cifuentes, El “nasciturus”, ED, 15-890 y ss., n° III y antes por Orgaz, *Personas individuales*, Bs. As., 1946, p. 34 y siguientes.

<sup>46</sup> Ver n° 4, c.

<sup>47</sup> Ver n° 4, a.

<sup>48</sup> Fernández Sessarego, *Derecho de las personas*, p. 28, señala: “el nasciturus no es aún persona natural ya que no se ha producido el hecho determinante del nacimiento, sin que por ello deje de ser vida humana. El concebido no es aún persona: es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derecho desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento”.

Es claro, al menos el embrión, que constituye una realidad nueva, implica el ser humano ya concebido –es absurda cualquier digresión en contrario– y es sujeto de derechos, en cuanto existe jurídicamente dotado de la prerrogativa a conservar la vida. Esta prerrogativa que se ha atribuido tradicionalmente al nasciturus, no abdica –no debe abdicar– porque la concepción, ahora, pueda obtenerse mediante la manipulación de las células genéticas –óvulos y espermatozoides– en el laboratorio. Podrá la ciencia, con buenas razones, explicar que el embrión humano, hasta terminar el proceso de anidación en el útero, no permite individualizar todavía al nuevo ser. Pero nos parece que el derecho no ha subordinado la protección de la vida humana a exigencia semejante. Podrá también decirnos que el embrión, hasta su implantación en el útero, carece de visibilidad; mas no debe olvidarse que la fertilización se ha realizado intencionalmente, interviniendo la voluntad humana en miras a un resultado de modo que existe una causa final que justifica, o en su defecto destituye de licitud a la fecundación: el exclusivo propósito de procrear inmediatamente.

Procreación incondicional: toda fertilización extracorporal debe realizarse al solo y exclusivo fin de implantar el o los embriones en el útero materno sin subordinar esa implantación a ningún evento contingente. La vida humana atribuible a cada embrión, que es un ser genéticamente distinto (y completo) a otro, no puede quedar cosificada ni transformarse en un objeto. Lo contrario nos lleva a considerar a los embriones como cosas y esto, a nuestro juicio, es inadmisibile.

Desde nuestro punto de vista, pues, no puede hablarse de tráfico de embriones, porque en el tráfico sólo están las cosas. No pueden “venderse”, ni “donarse”. Pero tampoco pueden “depositarse” (sólo las cosas se depositan), ni, en general, ser objeto de negocios jurídicos. En esto no caben matices, porque el ser humano se afirma radicalmente como una realidad. Se es o no se es. Lo que viene a cuento, precisamente a la hora de analizar diversas cuestiones que plantea la fertilización como técnica de procreación artificial en seres humanos.

2) Admisión de fertilizaciones múltiples. Se sabe que mediante una hiperovulación provocada en la mujer se extraen por vía quirúrgica –laparoscopia– varios óvulos contenidos en el líquido de los folículos. La técnica aconseja fertilizar no un óvulo sino varios de modo que se implanten

en el útero una cantidad –tres, cuatro...– que, a la vez, no implique riesgos de embarazos múltiples ni, tampoco, el fracaso de la técnica. En este aspecto, la ciencia trabaja sobre la base de la estadística de abortos espontáneos que se producen mediante el procedimiento de la implantación de embriones<sup>47</sup>.

La admisión de fertilizaciones múltiples es aceptable a condición de que todos los embriones sean implantados. Y esto significa proponer a la ciencia, desde el ámbito jurídico, que no se fertilicen más óvulos de los que luego se utilizarán para la implantación. Los óvulos sobrantes, si los hay, pueden ser conservados mediante congelamiento, igual que el semen y, en su caso, ser fertilizados más adelante. Pero no debería admitirse, según pensamos, la conservación de embriones “sobrantes”, que, momentáneamente, no son utilizados.

Señalamos, a este respecto, que la incondicionalidad de la procreación rechaza la conservación de embriones cuya implantación, precisamente, está subordinada a circunstancias contingentes y aleatorias (fracaso del primer intento, recepción por un matrimonio que carece de embriones propios, etcétera). Circunstancias contingentes y aleatorias que colocan al embrión en un estado de incertidumbre y virtual desamparo. Nos viene a la memoria el caso del matrimonio “propietario” de dos embriones congelados en Australia: fallecidos ambos cónyuges en un accidente aéreo, los embriones pasaron, exactamente en ese mismo momento, a ser “cosas”. ¿Qué se hace con ellos? ¿Se los “ofrece” a una pareja estéril? Vida humana cosificada, sin destino cierto.

En este aspecto, destacamos nuestras discrepancias con las recomendaciones de la Comisión Warnock, que parte de la premisa de admitir el método de donación de embriones (párr. 7<sup>o</sup>), su almacenaje (párr. 31), y que, incluso, considera a éstos como objetos de derechos reales<sup>48</sup>. El art. 17 del

<sup>47</sup> 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 sino producto de una selección natural. Ver, en contra: Andorno, Fecundación “in vitro” y valor de la vida humana, ED, 26/1986.

<sup>48</sup> Señala el párr. 31: “Cuando muera un miembro de la pareja, el derecho de usar o destruir cualquier embrión depositado por esa pareja deberá

Proyecto preliminar del Consejo de Europa, contiene en esta materia directivas claudicantes. El primer apartado previene, a nuestro juicio acertadamente, que "el número de embriones estará estrictamente limitado al número necesario para aumentar la posibilidad de éxito en la procreación", añadiendo que "si fuere posible, todos los embriones deberán ser implantados". Pero a renglón seguido se dispone: "Los embriones únicamente serán congelados con el acuerdo de las personas interesadas y no serán almacenados por un período superior a diez años ni inferior al fijado por la legislación". Esto supone, obviamente, reconocer poderes dispositivos que exceden la incondicionalidad de la procreación del hijo atribuible exclusivamente a un padre y a una madre. El mentado "almacenamiento" de embriones-vida humana "depositada"- presupone situaciones en las que la fertilización se ha obtenido en miras, cuando menos, de circunstancias futuras, que pueden o no acaecer. El resultado -lo reiteramos una vez más- es la cosificación del ser.

Siendo posible limitar la fecundación al número de embriones que deben ser implantados<sup>88</sup>, el derecho debe aceptar las fertilizaciones múltiples exclusivamente para tal fin, teniendo en cuenta, primordialmente, que la finalidad de esta técnica -como la inseminación artificial homóloga y heteróloga- es remediar la esterilidad de la pareja. Si la pareja no está en condiciones actuales de llevar adelante el embarazo, no resulta justificado realizar fertilizaciones ahora, para posibilitar implantaciones después -acaso, años después-: la fecundación extracorporal debe realizarse sin ex-

---

pasar al sobreviviente. Si muere ambos, ese derecho debe pasar a la autoridad de almacenaje". Y el párr. 33: "Cuando no haya consenso entre la pareja, el derecho a determinar el uso o destrucción de un embrión debe pasar a la autoridad de almacenaje como si hubiera vencido el período de diez años" (período máximo establecido en el párr. 31, vencido el cual, "el derecho a determinar su uso o destrucción" no pertenece a los "dueños" del embrión).

<sup>88</sup> En Argentina se ha informado que la fertilización *in vitro* puede llevarse a cabo complementariamente a la transferencia intratubaria de gametos (GIFT). Así, en la ciudad de Rosario, el equipo del doctor Figueroa Casas realizó utilizando los embriones "sobrantes". "El nacimiento se produjo -señala Juan C. Precocini, profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires-. No podemos definir científicamente a cuál de las dos técnicas pertenece el éxito. Yo me inclino a pensar que fue del GIFT, pues tiene seis veces más posibilidades comprobadas que la fecundación *in vitro* con un solo embrión". Ver el viaje en diario "Clarín" -revista- del 15/8/85, p. 10.

poner al embrión a eventos aleatorios. Si un cúmulo de circunstancias llevan a impedir la realización de la fecundación, no será sino en función de los límites a que la ciencia debe subordinar sus posibilidades, en reconocimiento de los presupuestos éticos que deben ser salvaguardados.

3) "Donación" (o dación) de embriones. Cabe señalar, entonces, que el derecho no debería reconocer ningún negocio que tenga por objeto embriones: en particular la llamada donación de embriones, que implica fecundaciones realizadas más allá de los requerimientos de la pareja estéril. A tal efecto, un medio razonable de evitar el tráfico de embriones lo constituye la denominada "alternativa I" del art. 14 del Proyecto preliminar del Consejo de Europa, el cual establece: "La fecundación *in vitro* deberá ser realizada usando gametos de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja. No se permitirá la fecundación *in vitro* realizada por gametos donados por dos personas ajenas"<sup>18</sup>.

Obviamente tampoco debe admitirse que los establecimientos o clínicas autorizadas para la realización de las técnicas de procreación artificial humana, puedan "crear" embriones con gametos de donantes anónimos, y más tarde ofrecerlos a parejas estériles. Esta sería otra forma de traficar a través de la manipulación genética que, consideramos, debería quedar expresamente excluida también. Señalemos, además, nuestra discrepancia, por tanto, con el párr. 17 de las recomendaciones de la Comisión Warnock en cuanto dispone que "la venta o compra de embriones y gametos humanos debe ser permitida sólo con licencia del organismo para la concesión de licencias y sujeta a las condiciones prescriptas por él". Reputamos que no caben autorizaciones de tal naturaleza.

<sup>18</sup> La "alternativa II" del mismo art. 14, señala que "en principio, la fecundación *in vitro* deberá realizarse con los gametos de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja. Sin embargo, el uso de gametos donados por dos personas ajenas podrá admitirse cuando las condiciones previstas en el art. 3° —que alude al fracaso de otros tratamientos de esterilidad en la pareja, existiese un grave peligro de transmitir al niño una grave enfermedad hereditaria y hubiere probabilidad de éxito y no existiesen riesgos notables que pudiesen afectar negativamente la salud y bienestar de la madre o del niño— sean aplicables a ambos miembros de la pareja". Finalmente, una tercera alternativa se enuncia así: "En principio, la fecundación *in vitro* deberá realizarse con los gametos de los miembros de la pareja. Sin embargo, en casos excepcionales, podrá ser utilizado el espermatozoide de un donante ajeno. No se permitirá el uso de huevos ni embriones donados".

4) Aplicación de los principios ya expuestos en materia de inseminación artificial heteróloga. Además, nos parece importante poner de relieve la aplicabilidad de los principios que antes desarrollamos, para garantizar la incondicionalidad de la procreación mediante inseminación artificial heteróloga, los que son de tener en cuenta: el consentimiento de ambos cónyuges, la no admisión de fecundaciones extra-corporales practicadas en mujeres no casadas actualmente, la exclusión de modalidades<sup>71</sup>, etcétera.

#### f) Maternidades "subrogadas"

Se alude a maternidad subrogada –traducción de la expresión en inglés: surrogate motherhood<sup>72</sup> o "gestación por cuenta de otro"<sup>73</sup>– en aquellos supuestos en que el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja. Del mismo modo se conocen casos de mujeres que han consentido ser inseminadas para concebir el hijo que, una vez nacido, se obligan –gratuitamente o por un precio– a entregarlo al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa.

En puridad, la maternidad subrogada o maternidad sustituida se da en el primer caso, ya que en el segundo la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues ella aporta el óvulo que es fecundado con el espermatozoide ajeno. En cambio, la verdadera subrogación presupone el embrión ajeno, esto es una implantación en la mujer que no aporta sus óvulos para la procreación.

<sup>71</sup> Entre tales modalidades, debe prestarse atención a las denominadas "investigaciones sobre el embrión humano", que excede nuestras posibilidades de desarrollo aquí. El art. 18 del Proyecto preliminar del Consejo de Europa establece que "ningún embrión podrá someterse a experimento alguno con propósitos de investigación dentro del útero, pero sí son admisibles las intervenciones diagnósticas y terapéuticas dirigidas a promover el desarrollo y nacimiento del niño". Las recomendaciones de la Comisión Warnock, en cambio –párr. 42 y ss– trasuntan un espíritu distinto en tanto admiten investigaciones de otro carácter hasta el decimoquinto día después de la fecundación, pero añadiendo que "ningún embrión utilizado como objeto de investigación deberá ser implantado en una mujer" (párr. 45).

<sup>72</sup> Conf., Silva Ruiz, Pedro F., Artificial reproduction techniques, fertility regulators: the challenge of contemporary family law, en "The American Journal of Comparative Law", XXXIV, 1986, supplement, p. 132 y siguientes.

<sup>73</sup> Vidal Martínez, La aplicación de la inseminación artificial, LL, 1986-D-1941.

Tal tipo de sustitución ha cobrado auge principalmente en los Estados Unidos de América en que, a la sazón, se conocen incluso verdaderos "programas" de maternidad subrogada —como el Programa de Maternidad Subrogada de Los Ángeles— en beneficio de parejas en que, pudiendo o no aportar su embrión propio, las mujeres no están en condiciones de sobrellevar el embarazo. Estos "programas" incluyen la formación de verdaderos "equipos" de madres sustitutas que se ofrecen a gestar en beneficio de otros y que, incluso, establecen relaciones con la pareja en favor de la que, en el futuro, darán a luz.

La maternidad subrogada ha comenzado a mostrar, sin embargo, diversas aristas conflictivas. Una de ellas es el orden psicológico. Aunque esta materia no es de nuestra incumbencia directa, nos parece importante destacar algunas cuestiones que vienen a coadyuvar al planteo jurídico. Así, existe todavía bastante incertidumbre acerca de las proyecciones emocionales que, a mediano y largo plazo, provocan estas prácticas en las madres sustitutas. Hacia 1983, un comité de ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido se expidió en contra de la práctica de madres subrogadas en razón de que ellas no pueden, de antemano, predecir cuáles serían sus actitudes hacia los niños que den a luz, y, además, porque la entrega de los bebés las hacen pasibles de sufrimientos emocionales. Por eso, en 1984 la Comisión Warnock recomienda establecer por ley "que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación serán contratos ilegales y, por tanto, estarán desprovistos de acción para hacer efectivo su cumplimiento" (párr. 58)<sup>14</sup>.

El Proyecto preliminar del Consejo de Europa, contemporáneamente, contiene provisiones relativas a lo que se denomina "inseminación artificial en una madre subrogada" (art. 13), y por separado la fecundación *in vitro* en una mujer subrogada (art. 15). Ya dijimos antes que el primer caso supone la inseminación de una mujer que conviene en entregar al hijo que ella concibe; el segundo caso, en cambio, constituye el típico supuesto de subrogación.

En cuanto a la inseminación artificial en una madre subrogada, el art. 13 citado prevé dos alternativas. La prime-

<sup>14</sup> Conf., Andrews, *¿De quién soy hijo?* en "Psychology Today", ago. 1985, quien incluye interesantes referencias sobre la práctica de programas de maternidad subrogada.

ra es permisiva en los siguientes términos: "La inseminación artificial en una madre subrogada, entendiendo por tal la practicada en una mujer que lleva un embrión hasta su nacimiento para el beneficio de otra persona o pareja, podrá permitirse si: 1) se realizase sobre una base exclusivamente benévola; 2) la madre subrogada tuviese la opción en el nacimiento de quedarse con el niño si así lo deseara; y 3) cualquier acuerdo según el cual la madre subrogada se comprometiese a renunciar al niño fuese nulo". La segunda alternativa, en cambio, se pronuncia por la prohibición: "La inseminación artificial de una madre subrogada, entendiendo por tal a una mujer que lleva un embrión para el beneficio de otra persona o pareja, no será permitido".

Respecto de la fecundación *in vitro* en una mujer subrogada, el art. 16, sin alternativas, concuerda en que no debe permitirse.

La orientación hacia la prohibición de maternidades sustitutas, en cualquiera de sus formas, parece afirmarse. El antes recordado proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional de Francia en mayo de 1984, dispone en el art. 1º, la nulidad de pleno derecho de cualquier convención acerca de la concepción del hijo, fecundación y embarazo de la mujer<sup>75</sup>. Del mismo modo un proyecto de ley italiano presentado en 1985 a la Cámara de Diputados prohíbe utilizar óvulos fecundados o gametos femeninos en mujer distinta de aquella que los proporcionó<sup>76</sup>. En España, un importante informe elaborado por una comisión especial nombrada por el Congreso de los Diputados, dado a conocer en marzo de 1986<sup>77</sup>, rechaza también la "gestación por sustitución" o "por cuenta ajena", invocando razones éticas, al considerar que "hay una unidad de valor en la maternidad, que no se respeta con estos procedimientos, que crean una distorsión deshumanizadora", y que "puede contribuir a una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, a la que se añade la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo. Se trata de una práctica inadmisibles en una sociedad democrática y justa".

<sup>75</sup> Vidal Martínez, *La aplicación de la inseminación artificial*, LL, 1986-D-1018.

<sup>76</sup> Vidal Martínez, *La aplicación de la inseminación artificial*, LL, 1986-D-1041, nota 113.

<sup>77</sup> Vidal Martínez, *La aplicación de la inseminación artificial*, LL, 1986-D-1038.

Incluso en los propios Estados Unidos de Norteamérica que, hasta principios de 1985 –según la información fehaciente de que disponemos– no había regulado la cuestión, los contratos de maternidad subrogada han sido vistos con disfavor, y no vinculantes para exigir el cumplimiento del acuerdo en razón de violentar el derecho de intimidad –*the right of privacy*– de la gestante<sup>24</sup>.

Por nuestra parte, afirmamos sin hesitar nuestra posición contraria al reconocimiento de cualquier acuerdo que tenga por objeto la gestación por cuenta de una pareja. Diversas razones nos persuaden:

a) Desde la perspectiva del hijo, este tipo de acuerdos que obligan a hablar, se quiera o no, de una madre biológica y una madre portadora, provocan, inicialmente una situación de incertidumbre acerca de la filiación. Si, como lo hemos repetido varias veces, las prácticas relativas a la fecundación *in vitro* y a la inseminación artificial deben garantizar la incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre, la dicotomía entre madre biológica y madre gestante desatien-de el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses.

Pero no sólo eso. A las objeciones de carácter ético, que antes transcribimos, dadas por la comisión nombrada por el Congreso de los Diputados en España, añadimos que este tipo de negocios, pactos o acuerdos, colocaría al hijo como objeto de la relación jurídica establecida, por hipó-

<sup>24</sup> Ver, al respecto: Silvia Ruiz, *Artificial reproduction techniques*, p. 134 y ss., recuerda el autor algunos precedentes resueltos por el Corte de Apelaciones del Estado de Michigan. En "*Doe v. Kelley*", resuelto en 1981, un matrimonio demandó la inconstitucionalidad de la ley de adopción del Estado que prohíbe y sanciona penalmente la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores. El matrimonio fue condenado porque había convenido con Mary Doe que ésta, a cambio de u\$s 5.000 y el pago de gastos médicos, aceptaba ser inseminada con semen del marido, obligándose a entregar el hijo para ser adoptado por el matrimonio. La Cámara de Apelaciones de Michigan consideró que si bien la ley estatal de adopción no era directamente aplicable al caso en que se conviene la maternidad sustituta, sí lo era en cuanto se utilizara dicha ley para alterar el estado de familia del niño. En cambio, en 1985, la Corte de Apelaciones de Kentucky señaló que la prohibición de compra y venta de niños para adopción debe extenderse a los convenios relativos a parentesco subrogado. La prohibición contenida en la legislación sobre la adopción es una "clara señal" de que los acuerdos sobre maternidad subrogada deben considerarse prohibidos también.

tesis, entre los dueños del embrión y la mujer portadora. Nótese que, al cabo, el contrato vincula a la portadora con prestaciones de hacer y de dar. De hacer: básicamente, no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos, y realizar, en su caso, los tratamientos que se le indiquen para llevar a buen término el alumbramiento<sup>79</sup>; de dar el niño, una vez nacido, a los dueños del embrión. En toda esta relación contractual tanto la madre como el embrión primero y el niño más tarde reciben, indefectiblemente, el tratamiento de cosas. La madre portadora es objeto de la prestación, su útero ofrecido al tráfico; el hijo es objeto del contrato, la cosa debida. No sólo entonces el cuerpo humano ha recibido la consideración de objeto de derechos, sino que la persona del hijo es objeto contractual.

b) Desde la perspectiva de la determinación de la maternidad, estos acuerdos quiebran el principio tradicional de que el parto sigue al vientre —partus sequitur ventrem— que han permitido atribuir al hijo sin necesidad de reconocimiento de la mujer que ha dado a luz<sup>80</sup>. Ello crea la consiguiente incertidumbre en la relación materno filial, ante un conflicto de intereses: maternidad biológica derivada del aporte genético del óvulo fecundado y maternidad legal, o determinada legalmente, por la prueba del parto.

Estas consideraciones generales nos llevan a concluir que, en una legislación sobre la materia, no debería permitirse este tipo de prácticas, tanto sea la inseminación de una mujer que se obliga a entregar el hijo, como la implantación de un embrión fertilizado *in vitro* en una madre portadora, y ello aunque los acuerdos al respecto sean a título oneroso o lo fueren a título gratuito. Y, para el caso en que judicial-

<sup>79</sup> Silva Ruiz plantea algunos interrogantes como éstos: "¿Podría estipularse o convenirse que la mujer inseminada se obliga o se compromete a no abortar? Pero, ¿qué del derecho a la intimidad y al aborto que, con fundamento constitucional se ha reconocido a la mujer? ¿Podrá distinguirse la situación que consideramos si ella renunciasse, previo a la inseminación, al derecho a abortar durante el primer trimestre del embarazo? Conf. Silva Ruiz, Pedro F., *La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea*, en "Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico", vol. XIX (may-ago. 1986), p. 551.

<sup>80</sup> En el derecho argentino, arg. art. 242 del Cód. Civil (ley 23.264), según el cual "la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido".

mente pretendieran alegarse derechos derivados de acuerdos de esta naturaleza, la ley debería establecer que ninguna pretensión será atendida por ser ellos nulos, de nulidad absoluta<sup>81</sup>.

#### g) La prestación de servicios relativos a la fecundación artificial en seres humanos

La práctica de la fecundación artificial en seres humanos requiere, además de una adecuada reglamentación legal que fije sus límites, un efectivo control de la autoridad sanitaria del país. No es un secreto para nadie que la prestación clandestina de estos servicios, o la prestación sin el control de la autoridad sanitaria, favorecerá los excesos. También la investigación en esta materia requeriría de pautas orientadoras de la actividad de los científicos<sup>82</sup>.

1) Prácticas admitidas y prohibidas. Sanciones. Una reglamentación de las prácticas debe contener aquellas que están expresamente prohibidas. Así, por ejemplo, serían prohibidas las que impliquen el congelamiento de embriones, su trasplante, la selección del sexo del futuro hijo<sup>83</sup>, implantación de embriones en madres portadoras, etcétera.

<sup>81</sup> En ausencia de norma legal específica, en el derecho argentino la conclusión que sostenemos en el texto sería inferible por aplicación del art. 953 del Cód. Civil. En el derecho español podría invocarse el art. 1371 del Cód. Civil. Conf., Vidal Martínez, La aplicación de la inseminación artificial, LL, 1988-D-1041, quien recuerda que un grupo de trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, en España, destacó que "aunque los contratos acerca de materias que están fuera del comercio de los hombres, no pueden producir obligaciones susceptibles de cumplimiento específico forzoso, ello no quiere decir que estén privados de todos otros efectos".

<sup>82</sup> En las recomendaciones de la Comisión Warnock se contienen algunas directivas precisas. Así: debe establecerse una nueva autoridad estatutaria para la concesión de licencias para regular tanto la investigación como aquellos servicios para la esterilidad que la comisión ha recomendado sean objeto de control; debe haber una sustancial representación de legos en la materia como miembros de la autoridad estatutaria para regular la investigación y los servicios para la esterilidad; el presidente debe ser un lego; todos los facultativos que ofrezcan los servicios que la comisión ha recomendado sean prestados sólo con licencia, y todos los locales utilizados en tal prestación, incluido el suministro de semen fresco y bancos para el almacenaje, de óvulos humanos, semen y embriones congelados, deben ser autorizados por el organismo para la obtención de licencias (párrs. 1-3).

<sup>83</sup> Salvo, como dijimos antes, si debiese ser evitada una enfermedad hereditaria conectada con el sexo (conf., art. 3º, Proyecto preliminar del Consejo de Europa).

Debería también prohibirse toda investigación sobre embriones humanos, salvo —recogemos aquí el art. 18, Proyecto preliminar del Consejo de Europa— “las intervenciones diagnósticas y terapéuticas dirigidas a promover el desarrollo y nacimiento del niño”.

Las transgresiones, debidamente tipificadas, deberían integrar supuestos de inhabilitación del servicio, y, en su caso, ser sancionadas penalmente sin perjuicio de la responsabilidad civil de los partícipes.

2) *Deberes de información y asesoramiento.* Los centros que realizan las prácticas de fecundación artificial en seres humanos deben informar a los consultantes sobre las distintas alternativas con que cuentan para superar sus problemas de esterilidad o infecundidad. Deben, a tal efecto, realizar un estudio clínico de cada caso y proponer la fecundación artificial si hubieren fracasado otros tratamientos de esterilidad<sup>24</sup>.

3) *Selección del material genético.* Todo material genético —gametos— debe ser adecuadamente seleccionado y conservado. La selección debe hacerse a efectos de clasificar el material en base al fenotipo y caracteres inmunológicos, y con la finalidad —además— de prevenir la transmisión de enfermedades infecciosas o hereditarias que comprometan la salud de la mujer o del futuro niño (conf., art. 7º, Proyecto preliminar del Consejo de Europa). No deberán aceptarse requerimientos de gametos que respondan a fines exclusivamente raciales o eugenésicos.

4) *Reserva de datos.* Debe establecerse que los datos personales, historia clínica, etc., relativos a donantes de gametos, serán debidamente archivados y conservados por la autoridad sanitaria, pero no podrán ser revelados sino en las condiciones que fije la ley. Ésta, a su vez, debería garantizar tanto a donantes como a receptores que sus respectivas identidades no le serán reveladas al otro, salvo conformidad expresa de todos los interesados o requerimiento del hijo cuando éste haya alcanzado madurez suficiente.

<sup>24</sup> El art. 2º del Proyecto preliminar del Consejo de Europa establece que “las técnicas de procreación artificial podrán autorizarse (en una pareja) únicamente cuando: a) otros tratamientos de esterilidad hubiesen fallado o no presentasen ninguna posibilidad de éxito; b) existiese un grave peligro de transmitir al niño una grave enfermedad hereditaria; y c) hubiere probabilidad de éxito y no existieran riesgos notables que pudiesen afectar negativamente la salud y el bienestar de la madre y el niño”.

5) **Recepción del material genético.** Toda recepción de material genético debe ser gratuita e incondicional. En principio, no debe garantizarse su uso o empleo en favor de personas determinadas. El establecimiento receptor de los gametos debe ofrecerlo teniendo en cuenta, exclusivamente, las características genéticas del material y el interés y la salud del futuro niño.

6) **Gratuidad de la dación.** El material genético debe ser ofrecido gratuitamente. Los profesionales o centros que realicen fertilizaciones sólo podrán cobrar los gastos previos que haya demandado su conservación, los que demanda el empleo de la técnica específica y los honorarios de los profesionales actuantes, que deberán establecerse según las leyes arancelarias.

7) **Delitos.** Entre otras, debieran preverse como delitos del derecho penal, las siguientes conductas:

a) Las investigaciones o experimentaciones en 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.

b) La inseminación artificial heteróloga o fertilización *in vitro* con óvulo ajeno practicadas a una mujer casada sin consentimiento escrito del marido.

c) El ofrecimiento público, bajo cualquier forma, de espermia fértil para la inseminación, de óvulos para su fecundación o de embriones para su implantación.

d) La conservación de embriones no destinados a implantación inmediata, así como la inseminación en una madre portadora y la implantación de un embrión en otra mujer que se obliga a entregar el niño luego de su nacimiento<sup>65</sup>.

## 5. FECUNDACIÓN ARTIFICIAL Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Como anticipamos al comenzar este trabajo, los problemas jurídicos que en el ámbito estricto del derecho de fami-

<sup>65</sup> A este último respecto el párr. 57 de las recomendaciones de la Comisión Warnock prevé: "La legislación debe ser lo suficientemente amplia como para hacer penalmente responsables a los profesionales y otras personas que ayuden dolosamente a establecer un embarazo subrogado".

lia plantean las técnicas de procreación artificial humana están referidos a la determinación de la filiación, esto es, la determinación de la maternidad y de la paternidad. También han de suscitarse cuestiones relativas al reconocimiento del hijo.

#### a) La determinación de la maternidad

En el derecho argentino, luego de la reforma al Código Civil por la ley 23.264, la maternidad se determina legalmente por el parto, esto es, y como lo dice textualmente el nuevo art. 242, "por la prueba del nacimiento e identidad del nacido". La norma añade que la inscripción del nacimiento debe realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo<sup>66</sup>. Como hemos escrito en otra ocasión, "lo que la ley ha tenido en cuenta para atribuir la maternidad es el hecho del parto, debidamente acreditado, a resultas del cual la mujer dio a luz a aquel cuyo nacimiento se inscribe. Las constancias respectivas, recibidas por el oficial público, son suficientes para atribuir la maternidad sin que, en ese caso, sea menester el reconocimiento"<sup>67</sup>.

La aplicación de la regla *partus sequitur ventrem*, que es tradicional —como es tradicional aquello de que *mater semper certa est*— presupone que hay coincidencia entre la mujer cuyo óvulo es fecundado, y la que sobrelleva el embarazo y finalmente da a luz al niño. Sin embargo, la fertilización *in vitro* con óvulo donado y posterior implantación de embriones en el útero de quien dará a luz al hijo, plantea, de entrada, la posibilidad de especular acerca de los límites

<sup>66</sup> La reforma de la ley 23.264 ha importado una innovación significativa. Con anterioridad, en función de las normas del Código Civil, de la ley 14.367 y de las disposiciones del Registro Civil emergentes del decr. ley 8204/63, podía afirmarse que no había atribución de maternidad sin reconocimiento. Respecto de la maternidad extramatrimonial esto era así por aplicación del art. 334 del Cód. Civil y del art. 34 del decr. ley 8204/63. Este último establece que en la inscripción del nacimiento de un hijo extramatrimonial "no se hará mención del padre o de la madre, a no ser que ésta o aquél lo reconociesen ante el oficial público". En cuanto a la maternidad matrimonial el juego interpretativo de las normas registrales era diverso en razón de que el art. 39 de la ley registral enumera una serie de personas obligadas a solicitar la inscripción del nacimiento, probándose éste con el certificado del médico u obstétrica (art. 31, decr. ley citado).

<sup>67</sup> Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., Régimen legal de filiación y patria potestad, B. As., Astrea, 1985, comentario al art. 242, p. 32, § 6.

a la atribución legal de la maternidad por la prueba del parto. Tales límites resultarían ante el planteo de una acción de impugnación de la maternidad deducida contra la mujer que ha dado a luz el hijo pretendiendo probarse que éste no fue concebido por ella, sino mediante un óvulo ajeno.

Planteos de esta naturaleza podrían originarse en la acción deducida por el marido de la mujer casada –o sus herederos–, por el hijo, eventualmente por la mujer misma, y por otros terceros con un interés legítimo, según los términos de los arts. 261 y 262 del Cód. Civil, seguramente bastante similar al de otras legislaciones<sup>44</sup>.

El planteo supone que la maternidad biológica está determinada, genéticamente, por el aporte de los óvulos fecundados, y, en consecuencia, no es madre la que, a pesar de haber recibido el embrión, sobrellevado el embarazo y dado a luz al niño, no concibió a éste con su aporte genético. En suma, y si esto fuere así, aunque la maternidad está determinada legalmente por el parto, genéticamente se determina por la concepción de óvulo propio.

Es evidente que la cuestión requerirá, en el futuro, una toma de posición al respecto. La ley puede anteponer, en miras al interés del hijo –y sobre todo en salvaguarda de la certeza del estado de familia– la determinación de la maternidad por el parto, sin admitir, en ningún caso, impugnaciones que se funden en determinaciones biológicas derivadas de fertilización mediante óvulos donados. En los antípodas, podría privilegiarse en todo caso la determinación genética de la maternidad, y en ese caso admitir, sin cortapisas, la impugnación de la que, objetivamente y según la ley, atribuye el parto. Bien se ha señalado que cualquiera que sea la opción, siempre quedaría fuera uno de los elementos que conforman el vínculo biológico: o privilegiar el embrión en relación al útero en que será implantado, o a la inversa, privilegiar el útero sobre el embrión. “Por esta razón es necesario asumir que en esta hipótesis el nexo filial no tiene sólo un fundamento biológico, pues éste existe con ambas protagonistas sino que indispensablemente tendrá que pon-

<sup>44</sup> El art. 261 establece que “la maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”. Y el art. 262, añade: “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. La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo”.

derarse la voluntad procreacional. De no resolverse el dilema con este nuevo enfoque, subsiste el riesgo de encorsetar las nuevas formas de procreación en los viejos moldes donde no era imaginable otro modo de fecundación que la originada en la unión sexual a través de la cual hombre y mujer conforman el embrión que germina en el cuerpo de aquélla<sup>80</sup>.

Ponderar la voluntad procreacional –como suficiente para crear el emplazamiento en el estado filial<sup>81</sup>– ha de constituir una necesidad. Sin embargo, y aunque en general la existencia de esa voluntad procreacional nos orienta respecto del reconocimiento del hijo, su ausencia no impide, en su caso, que la relación materno filial se constituya. Sucede así, en nuestro derecho positivo, en el caso de la atribución legal de maternidad por la prueba del parto y la identidad del nacido que establece el ya citado art. 242 del Cód. Civil.

Debido al dilema que se plantea al jurista, y seguramente al legislador de los años próximos, ante vínculos biológicos que tornan discutible la maternidad –como se señaló: o privilegiar el embrión, o privilegiar el útero– pareciera que la referencia a la voluntad procreacional permite dar respuesta desde una nueva perspectiva a los interrogantes relativos a la atribución de maternidad del hijo. Entendemos que cabrá hablar de voluntad procreacional y de su ausencia frente a la dadora –o “donante”– de óvulos, cuyo anonimato será habitual.

Ahora bien: frente a la norma del art. 242 del Cód. Civil, en que la maternidad resulta del hecho biológico del parto –y su atribución legal es independiente de la concurrencia de un acto de reconocimiento paterno o materno<sup>82</sup>–, nos da

<sup>80</sup> Grosman - Martínez Alcorta, *La filiación matrimonial*, LL, 1994-D-938.

<sup>81</sup> Conf. Díaz de Gujarró, Enrique, *Carácter personalísimo de la voluntad humana creadora del acto jurídico filial*, JA, 28-1975-572.

<sup>82</sup> Con anterioridad a la reforma de la ley 23.264, señalaba Díaz de Gujarró que “nunca puede faltar el concurso de la personalísima voluntad de los padres para que se cree la relación filial. Esta requiere –ajudá aquí el autor a los hijos matrimoniales– que uno de los genitores, o ambos, produzca el emplazamiento por la inscripción de su voluntad reconociente en el Registro Civil. Es suficiente la actuación de uno de ellos, porque la existencia del matrimonio atribuye paternidad y maternidad –con legitimidad– por mera inscripción unilateral: si la practica el marido, constituye el reconocimiento de la filiación e identifica y califica a la madre por gracia de las nupcias; si la realiza la mujer, no sólo reconoce su maternidad, sino

la impresión de que más trascendente que la existencia o comprobación de una voluntad procreacional en la madre que da a luz al hijo será la constatación de la ausencia de voluntad procreacional en la dadora del óvulo que fue fecundado.

Creemos que el razonamiento es sustancialmente correcto. Además, concilia con las exigencias determinadas por la necesidad de atribuir el hijo exclusivamente a un padre y a una madre, de la que antes (ver nº 4, c) nos ocupamos. En lo atinente a la maternidad en particular recuérdese también que, por considerar aplicables a la dación –o “donación”– de óvulos los principios que deben regir la dación de semen con destino a inseminación heteróloga (ver nº 4, d, 2, e y e, 3), habrá de reputarse que la dadora de los gametos ofrece y entrega éstos irrevocablemente con el fin de su utilización por un matrimonio infecundo que asumirá la paternidad y la maternidad. Por ende, carece de voluntad procreacional la que, en cambio, inspira a la mujer que recibe el embrión fecundado extracorporalmente. Como el derecho no admite la dación de óvulos sujeta a modalidades, particularmente condicionando la atribución de maternidad a resultados preordenados (y cualquier manifestación en tal sentido excluiría el consentimiento en la dación, no siendo atendibles pretensiones derivadas de ella), es obvio que privará –debe privar– la determinación de la maternidad por el parto, como lo establece, según vimos, el art. 242 del Cód. Civil.

Los pactos o acuerdos relativos a maternidad “subrogada” o sustituta plantearán, seguramente, un caso límite en la consideración de este tema. ¿A quién de las protagonistas pertenece la voluntad procreacional? A primera vista, y algo desprevenidamente, se diría que esa voluntad existe en la pareja o matrimonio que es el “dueño” del embrión, pues,

---

que determina la paternidad por mérito de la recordada máxima romana (*pater is est...*) (conf., Díaz de Guzmán, *Carácter personalísimo de la voluntad humana*, JA, 35-1975-576). La afirmación de este autor era, sin embargo, discutible ya antes de la reforma de la ley 23.264, pues el art. 30 del decr. ley 8204/83, enumera otras personas obligadas a denunciar el nacimiento. Ver, lo que expusimos, en Bossert, Gustavo - Zannoni, Eduardo A., *Hijos legítimos*, Bs. As., Astrea, 1981, p. 297, en que haciendo mérito de que la norma, entre esas personas, enumera a los “parientes” del nacido es porque presupone que la atribución de filiación existe aun antes de la constitución del título de estado en sentido formal, por la sola reunión del nexo biológico determinado por la procreación. Luego de la sanción del nuevo art. 242 del Cód. Civil, resulta incontestable esta consideración.

por hipótesis la portadora sólo se ha obligado a sobrellevar un embarazo y dar a luz al niño "por encargo", es decir "por cuenta de otro". Pero se trata de un razonamiento simplista. La mujer portadora también ostenta voluntad procreacional –"quiere" tener el hijo–, aunque excluyendo de su intención final la atribución legal de su maternidad. Podría responderse que esa voluntad procreacional no es tal, porque desde la perspectiva jurídica la volición no se reduce a querer culminar su embarazo y dar a luz, físicamente, al niño, sino, además, requiere asumir voluntariamente el emplazamiento materno filial a través del reconocimiento del hijo.

Quizá éste sea el punto que desafía principios, de algún modo axiomáticos. ¿Podría una mujer que da a luz a un niño sostener que no es la madre de ese niño? Responder afirmativamente significaría dar por tierra con la atribución legal de la maternidad, o escindir maternidad biológica y voluntad procreacional como reconocimiento. ¿Podría una mujer señalar que su hijo ha sido dado a luz por otra mujer? Responder afirmativamente significaría que un reconocimiento –acto de voluntad– hace inoperante la atribución legal de maternidad. Nótese, al cabo, que frente a un conflicto entre vínculos biológicos, la cuestión se resolvería acudiendo al elemento intencional –causa final, móvil determinante o base subjetiva– de un negocio dispositivo. Y esto exigiría afirmar la licitud del negocio mismo, como condición indispensable para juzgar sobre él.

Si, además, se concuerda con nuestra posición en el sentido de que no deben ser alegables los pactos o acuerdos que tienen por objeto la gestación "por cuenta ajena", es decir las maternidades "subrogadas", arribamos a la conclusión de que también en estos supuestos quedará determinada la maternidad por el parto. Cualquier acción impugnatoria deducida contra la madre portadora –que, por hipótesis, careció originalmente de voluntad procreacional– chocaría contra la imposibilidad de alegar el negocio torpe –*propter turpitudinem suam allegans non auditur*– para obtener el reconocimiento de una voluntad procreacional distinta; y a la inversa, cualquier atribución de maternidad de la mujer portadora en favor de otra, estaría invalidada, desde el inicio en razón de idéntico principio<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Scotiennen Grosman y Martínez Alcortá que no todos los acuerdos de maternidad subrogada merecerían descalificación ética. Añaden, en

La aparente rigidez del planteo puede por cierto morigerarse en interés del hijo. Así, se ha afirmado que la determinación legal de la maternidad por el parto no excluiría que pudiese llegar a ser madre legal la mujer que hizo el "encargo", especialmente si hubo aportación de óvulo. "Pero a tal consecuencia habrá de llegarse inexcusablemente a través del mecanismo de la adopción, con un riguroso control judicial, y atendiendo básicamente al interés del hijo"<sup>43</sup>.

#### b) Impugnación de la maternidad

Los desarrollos anteriores no agotan, ni con mucho, la cuestión. En la medida que el derecho positivo continúa previendo la impugnación de la maternidad "por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo" o fórmula similar, la determinación legal de la maternidad por el parto no pasa de ser, como toda determinación legal de la filiación, la afirmación de una realidad biológica presunta<sup>44</sup>. Bien está que no pueda la "dadora" del óvulo impugnar la maternidad de la mujer que da a luz al hijo, o que entre las partes de un pacto relativo a maternidad subrogada o sustituta el derecho vede toda acción relativa a una determinación de la maternidad en base a reconocimientos que, al cabo, sólo provocan incertidumbre en el estado de familia del hijo. Pero el problema vuelve a hacerse presente si terceros, legitimados por la ley para deducir la acción de estado, promovieren el desconocimiento. Así, el marido de la mujer, si no prestó su consentimiento para la fecundación extracorporea de su esposa, otros hijos de la mujer que pretenden excluir de la

---

consecuencia, que "una vez nacido el niño resulta disvalioso y perjudicial para el interés de aquél, que se considerase madre a quien no quiere serlo y se negase tal calidad a la mujer que tuvo la intención de asumir la maternidad" (Grosman - Martínez Alcorra, *La filiación matrimonial*, LL, 1986-D-938, n.º IX, A). La cuestión, llegado el caso, podría remediarse -si se justifica en interés del hijo- mediante la adopción, como lo señalamos enseguida. Pero hacer claudicar el principio secular de la determinación legal de la maternidad por el parto para salvar los casos de gestación por cuenta de otro nos parece antifuncional: debería partarse de la licitud de estos contratos y en definitiva hacer incierta la maternidad salvo que medie reconocimiento.

<sup>43</sup> Vidal Martínez, *La aplicación de la inseminación artificial*, LL, 1986-D-1043.

<sup>44</sup> Conf., Lacruz, José L. - Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Elementos de derecho civil*, vol. IV, "Derecho de familia", Barcelona, Bosch, 1992, p. 496, § 47, n.º 327.

familia al pretendido hermano, otros parientes de la mujer o del marido, etcétera.

Recordábamos antes que en el proyecto de base que dio origen al despacho aprobado en el Senado de la Nación y que recibiera después sanción como ley 23.264, se proponía una norma expresa —era el art. 260 del proyecto— disponiendo que el marido no puede ejercer la acción de impugnación de la maternidad 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 la fecundación.

Si bien la norma proyectada no fue incluida en el despacho, cabe preguntarse si, a pesar de la ausencia de un precepto expreso, similar al que existe en otras legislaciones ya, puede hacerse aplicación de principios generales que alleguen solución satisfactoria al problema.

Es nuestro parecer, y así lo hemos expuesto<sup>44</sup>, que aun en ausencia de una norma expresa, el marido no está habilitado para deducir acción de impugnación de la maternidad si dio consentimiento para la fecundación extracorporal con óvulos donados. Para nosotros, se trata de la aplicación lisa y llana de la imposibilidad de venir contra los propios actos (*venire contra factum proprium*)<sup>45</sup>. Se ha señalado, no obstante, la necesidad de consagrar esta solución por previsión expresa de la ley<sup>46</sup>.

Puede suponerse la posibilidad de que se realice una fertilización *in vitro* con óvulos de donante sin consentimiento del marido. Desde luego, y en la medida que se comparta que este tipo de técnica de fecundación artificial requiere el consentimiento expreso de ambos cónyuges —obviamente, el del marido (ver n° 4, d, 2, o y e, 4)—, el establecimiento o facultativo que hubiesen realizado la fertilización sin contar con ese consentimiento, serán responsables incluso penalmente (ver n° 4, g, 7). Sin embargo, acaecido el

<sup>44</sup> Bessert - Zannoni, Régimen legal de filiación y patria potestad, p. 285.

<sup>45</sup> Discrepamos con Grossman y Martínez Alcorta que entienden que "al no existir una norma expresa, el presupuesto biológico imperante en el sistema actual constituirá el fundamento para quienes sostienen que el consentimiento otorgado carece de consecuencias jurídicas" (Grossman - Martínez Alcorta, *La filiación matrimonial*, LL, 1986-D-933 y 940).

<sup>46</sup> Grossman - Martínez Alcorta, *La filiación matrimonial*, LL, 1986-D-936 y 937.

alumbramiento, el marido podría perfectamente cuestionar la maternidad, alegando que su mujer "no es la madre del hijo que pasa por suyo".

Idéntico planteo, parece obvio, podrían realizar otros terceros con un interés legítimo, incluso el propio hijo en el derecho argentino que se halla entre quienes el art. 262 del Cód. Civil habilita para accionar. Téngase en cuenta que aun en el supuesto de que hubiera mediado consentimiento de ambos cónyuges para la fecundación con óvulos donados –no pudiendo en consecuencia el marido desconocer la maternidad de su esposa por lo que antes dijimos– "respecto de terceros la conducta vinculante entre los cónyuges carece de oponibilidad"<sup>88</sup>.

Si se mantiene la idea de que genéticamente la maternidad deriva del aporte del óvulo fecundado, la determinación legal por el parto será controvertible sin cortapisas ofreciéndose probar la fertilización mediante óvulos ajenos, y, entonces, el sistema de protección al hijo y a los propios padres legales trastabillará. Piénsese que si, como será lo habitual, la dadora de los óvulos fecundados es anónima, el hijo quedará sin maternidad cierta una vez acreditada la tercera genética. Resulta paradójal que en una época en que las pruebas biológicas de la paternidad y maternidad permiten lograr índices de probabilidad cercanos a la afirmación absoluta del vínculo biológico –nos referimos a las pruebas basadas en el análisis de los antígenos de histocompatibilidad (sistema HLA: Human Lymphocyte Antigen), combinados con el análisis de los grupos eritrocitarios, marcadores electroforéticos y enzimas– pudieran esas mismas pruebas constituir un modo de desnaturalizar la determinación resultante del parto que, probado, impedía tradicionalmente –y parecía obvio que así fuese– controvertir la maternidad.

Además, por si fuese poco, de admitirse la impugnación de la maternidad, claudicaría automáticamente la presunción legal de paternidad del marido, salvo que, de la prueba de los hechos resultase que el hijo, aun no siendo genéticamente de la esposa, sí lo es de él. Mas, en ese caso, la paternidad resultaría de la prueba del nexo biológico y el hijo se-

<sup>88</sup> Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 101: "Es decir que, 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 interés si medió o no consentimiento del marido".

ria extramatrimonial del marido y de la dadora del óvulo cuyo anonimato es de prever. Y si, en fin, el hijo hubiese sido concebido con semen también donado, malgrado el consentimiento de ambos cónyuges en el caso, el hijo quedaría lisa y llanamente sin filiación cierta y, presumiblemente, sin posibilidad de ser acreditada en el futuro<sup>99</sup>.

Nótese, pues, que entonces este régimen legal de la acción impugnatoria está en abierta contradicción con el régimen legal que, por hipótesis –según lo desarrollamos antes en el n° 4–, organiza la prestación del servicio de fecundación artificial. Aquellos dos principios liminares: incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre resultarían desnaturalizados a la hora de su confrontación con las acciones de estado relativas a la filiación. De nada valdría establecer normas propias del derecho administrativo que, en el orden sanitario y asistencial, garantizaran la prestación de un servicio que, a la postre, suscitaría conflictos redundantes en perjuicio del hijo. Como siempre, esto conduciría a la actuación clandestina de quienes se resuelven a superar su esterilidad y entonces de nada valdría la regulación legal que, eventualmente, se dictara.

Concretamente, entendemos que, en concordancia con el régimen legal que regule la prestación de los servicios de fecundación humana artificial, es menester que el derecho de familia ponga límites a las acciones impugnatorias de la filiación –en este caso la acción de impugnación de la maternidad–, acordes con la necesidad de tutelar el interés familiar de los padres legales (o determinados legalmente), y del hijo. Si, como dijimos antes, debe requerirse el consentimiento de ambos cónyuges para una fecundación extracorporal, ese consentimiento debe erigirse, *ministerio legis* en el fundamento institucional de la filiación. Se podría aludir –algunos autores lo hacen– a una suerte de adopción prenatal del embrión implantado, algo así como la adopción del *nasciturus*<sup>100</sup>. Tal innovación permitiría consoli-

<sup>99</sup> Bossert - Zannoni, Régimen legal de filiación y patria potestad, p. 226.

<sup>100</sup> Conf., Vidal Martínez, La aplicación de la inseminación artificial, LL, 1986-D-1038, nota 99, refiere que en España existe un proyecto en el que se prevé la adopción del *nasciturus*. La cuestión se vincula con la necesidad de exigir, además del consentimiento para la inseminación heteróloga o la fertilización *in vitro*, la asunción de la paternidad y la maternidad, como lo señala Zarraluqui, en la penencia que antes citáramos, especial-

dar el estado de familia del hijo cuando éste ha sido concebido mediante fecundación extracorpórea con óvulos donados –también, según lo veremos más adelante, cuando lo ha sido con semen de donante mediante inseminación heteróloga– reputándose, en consecuencia, hijo matrimonial de marido y mujer.

Señalamos que este arbitrio 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*. Sin embargo, se planteará al legislador alguna vacilación para el supuesto de que la fertilización se hubiere practicado sin consentimiento del marido –que lo sea sin el consentimiento de la mujer es poco menos que impensable en los hechos–. Ha de suponerse que si el marido no dio consentimiento, habitualmente tampoco habrá proporcionado su propio semen, pero, aunque lo hubiese hecho en el entendimiento de que con él se fecundarían óvulos de su esposa (habría de por medio un actuar doloso), lo cierto es que su consentimiento en este último caso resultaría insuficiente para reputárselo constitutivo del fundamento institucional de la filiación matrimonial del hijo. El dilema queda planteado: o se acepta que, aun a falta de consentimiento del marido, el hijo debe reputarse propio de la mujer que da a luz el niño por una suerte de adopción unilateral del nasciturus –y en ese caso el marido no podría impugnar la maternidad, aunque eventualmente pudiese reputar injuriosa la conducta de su esposa– o la ausencia del consentimiento del marido se considera impositiva para el establecimiento del vínculo por requerirse la concurrencia de la voluntad de ambos cónyuges. En el primer caso el marido podría impugnar la paternidad si no fue quien proporcionó el semen, pero en caso contrario el hijo le sería atribuido en virtud de los principios generales, y, en consecuencia será hijo matrimonial. Optándose por la segunda alternativa, el marido –y otros terceros con interés legítimo– estaría legitimado para impugnar la maternidad la que, de prosperar no habiéndose fecundado con semen del marido, dejaría al hijo sin filiación acreditada. Para el caso de que se hubiese empleado semen del marido, prosperaría la impugnación de la maternidad y el hijo sería extramatrimonial del marido.

---

mente nota 43. A lo que Vidal Martínez añade la necesidad de valorar el acto de asunción por el juez en el procedimiento de adopción (La aplicación de la inseminación artificial, LL, 1998-D-1037, nota 97 *in fine*).

Reconociendo las dificultades que plantean estos dilemas, verdaderos desafíos que irrumpen uno tras otro, nos inclináramos por la primera solución. Pensamos en el interés del hijo, cuya satisfacción de todos modos estará menguada en cualquier caso. Sin embargo, 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 —amén de insistir en la necesidad de que los establecimientos y facultativos que realizan estas prácticas requieran siempre el consentimiento expreso de ambos esposos y en la sanción penal que debe preverse para el caso de infracción— para el hijo será preferible a la de quedar en situación de hijo de padres desconocidos.

¿Y qué solución proponer para el caso de maternidades subrogadas? Un nuevo desafío para los atribulados cerebros. Parece elemental que si todo pacto o acuerdo en este sentido se reputa nulo y rige la determinación legal de la maternidad por el parto bastaría a los "dueños" del embrión impugnar la maternidad con sustento en el art. 242 del Cód. Civil, ofreciendo probar que la madre portadora no es "la madre del hijo que pasa por suyo", con lo que, por la vía oblicua de la acción de estado, se estaría obteniendo —permitásenos la expresión— la "ejecución forzada" del negocio nulo.

Diversas alternativas se presentan también aquí. Por un lado cabe que, con las normas vigentes, se considere que los dueños del embrión carecen de interés legítimo y por ende de legitimación para entablar la acción de desconocimiento de la maternidad (es obvio que, por hipótesis, ellos afirmarían ser los padres del niño dado a luz por la portadora y se verían precisados a invocar, al menos como un mero hecho, el acuerdo). Esto no suscita discusión, según lo explicado antes. Pero, como en los casos de fertilización *in vitro*, el elenco de legitimados es más amplio, y aunque no se admita la acción de estado entre las partes del pacto de subrogación materna, debe responderse a la cuestión suponiendo que la acción de desconocimiento de la maternidad se siga contra la madre "sustituta", por un tercero, con interés legítimo (así, p.ej., el marido de la portadora si ella es casada, un hijo de ambos, otros parientes, etcétera).

Debe quedar en claro que el tema se circunscribe a los casos de maternidades subrogadas propiamente dichas, no al supuesto en que la mujer ha sido inseminada con el compromiso de entregar la criatura al matrimonio cuyo marido aportó el semen. En este caso la mujer será genética y legalmente la madre del niño y éste resultará hijo extramatrimonial de ella y del hombre que aportó su semen.

Respecto de la maternidad subrogada propiamente dicha, ya dijimos que debe regir el principio general de su determinación legal por el parto. La ley determina, a priori, que la madre es la mujer que da a luz al hijo. Si, impugnada la maternidad, la mujer señalase su voluntad de asumir la maternidad legal —sea quien fuese el que impugna— esa voluntad, entendemos, debería ser respetada sin posibilidad de más controversias. Desde luego que si el marido de la portadora no hubiese prestado consentimiento para la implantación del embrión ajeno en el útero de su esposa, podrá impugnar la paternidad (en caso contrario, no podrá alegar su propia torpeza, y será el padre legal por imperio de la presunción de paternidad). Si en cambio la portadora que dio a luz al hijo manifestase que no es la madre genética y que tampoco está dispuesta a asumir la maternidad legal —que lo será mediante un allanamiento a la acción de desconocimiento— una vez acreditados los hechos entendemos que la única solución coherente es colocar al niño, si es menor de edad, bajo el patronato del Estado a efectos de que se disponga sobre su adopción. En esta instancia podrá ser tenida en cuenta la voluntad de quienes aportaron el embrión, pero como se señaló antes, la adopción podría conferirse a ellos teniendo en cuenta el interés del menor y no exclusivamente la atribución genética. Entendemos que sólo de este modo se evitará que pudiera burlarse, fraudulentamente, la directiva que veda toda acción tendiente a efectivizar el cumplimiento del pacto de maternidad subrogada (recurriéndose, v.gr., a un tercero que deduzca la acción de desconocimiento, con la complicidad de los propios interesados, admitiéndose después el reconocimiento o la atribución de paternidad y maternidad de quienes entregaron su embrión para la implantación en el útero de la portadora).

Para este último supuesto, la previsión penal que se incorporara al Código Penal, debería alcanzar a todos los partícipes del pacto de maternidad subrogada.

c) **Determinación de la paternidad matrimonial.**  
**Impugnación o desconocimiento de la paternidad del marido**

La ley presume que los hijos nacidos durante el matrimonio tienen por padre el marido (art. 243, Cód. Civil)<sup>191</sup>. Plantéase ahora la eventualidad de que el marido desconociese la paternidad del hijo dado a luz por su mujer alegando que medió inseminación heteróloga.

Con anterioridad a la reforma de la ley 23.264 que instituyó un sistema abierto de impugnación de la paternidad —el marido puede alegar “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, Cód. Civil— el régimen de impugnación “cerrado” que resultaba de los arts. 246, párr. 1º, parte 2º, y 252, obstaba a que el marido pretendiese desvirtuar la atribución legal de paternidad, salvo que probase la imposibilidad de cohabitación con su esposa en el período legal de la concepción, o que invocase el adulterio de ella y que el parto le fue ocultado.

Precisamente en relación al tema, antes de la reforma de la citada ley 23.264, señalamos que el sistema “cerrado” de impugnación de la paternidad impedía al marido ejercer la acción de desconocimiento si no contaba en su favor con alguna de estas dos circunstancias —imposibilidad de cohabitación con su mujer o el adulterio de ésta y la ocultación del parto— lo cual, señalábamos también venía a mostrar las fallencias del sistema impugnatorio mismo. Así, por ejemplo, si la mujer consintió en una inseminación heteróloga sin saberlo su marido, éste no estaría habilitado para desconocer su paternidad<sup>192</sup>.

<sup>191</sup> El art. 245, anterior, aludía a la presunción de paternidad respecto de los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio. Sin embargo, sabido es, la atribución legal operaba también respecto del hijo nacido dentro de los primeros 180 días a contar de la celebración del matrimonio —en cuyo caso el hijo se presume concebido antes de esa celebración (conf., arts. 76 y 77, Cód. Civil)— aunque permitiendo al marido limitarse a negar la paternidad, sin otra prueba, salvo que se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, o si consintió en que se diera al hijo su apellido, o si hubiera reconocido a éste expresamente o tácitamente (art. 252). El sistema se mantiene, luego de la reforma en lo sustancial (conf., arts. 258, 269 y 260).

<sup>192</sup> Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 66.

Luego de la reforma –al igual que ha ocurrido en España con la ley de 1981 que modificó las normas del Código Civil que organizaban también un sistema cerrado de impugnación<sup>100</sup>– el marido está habilitado para desconocer la paternidad de los hijos que la ley presume concebidos durante el matrimonio –los nacidos después de los ciento ochenta días de la celebración y durante los trescientos posteriores a su disolución, anulación, divorcio o a la separación de hecho de los esposos (arg. arts. 76, 77 y 243)– probando su no paternidad<sup>101</sup>, sin exigir la ley la existencia de hechos que, como la imposibilidad de cohabitación, condicionen la proponibilidad de la acción. De otro lado también puede impugnar el hijo en todo tiempo, a diferencia del marido, cuya acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o si no tuvo conocimiento del parto de su mujer, desde que adquirió tal conocimiento. Finalmente, los herederos del marido pueden deducir la acción si el deceso se produjo antes de transcurrir el plazo de caducidad (art. 259).

Hemos recordado antes –nota 4– que el proyecto presentado por los senadores Menem y Sánchez incluía un art. 250, según el cual “en caso que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, el marido podrá impugnar la paternidad si no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento”. Como también dijimos que, al discutirse el proyecto en la comisión del Senado, se prefirió no consagrar la norma. Pero aun en ausencia de norma, la aplicación del principio que impide venir contra los propios actos –del mismo modo que lo explicamos al considerar la fertilización *in vitro* mediando consentimiento de ambos esposos– constituirá, de *lege lata*, el obstáculo sustancial a una acción de desconocimiento deducida por el marido que expresamente autorizó o consintió la inseminación heteróloga de su esposa<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Conf., en relación al tema, el exhaustivo libro de Rivero Hernández, Francisco, *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 360 y siguientes.

<sup>101</sup> Se trata de la acción de desconocimiento riguroso de la paternidad, según clásica denominación, por contraposición a la acción de desconocimiento simple, o negación de la paternidad.

<sup>102</sup> Conf., Biscaro - García de Ghigliano, *Desconocimiento o impugnación de la paternidad*, LL, 1987-B-892. Conf., Grosman - Martínez Alcorta, *La filiación matrimonial*, LL, 1986-D-938.

Si tuviésemos que fundar institucionalmente el vínculo que presupone el establecimiento de la paternidad, diríamos, al igual que lo hicimos al aludir al consentimiento para la fecundación extracorporal, que el consentimiento prestado a la inseminación heteróloga se erige en el fundamento institucional de la filiación paterna. Caben, aquí, las mismas consideraciones relativas a la adopción prenatal del hijo concebido por la mujer que hicimos en el n° 5, b.

El hallazgo del fundamento institucional nos parece trascendente sobre todo si se tiene en cuenta que tiende a prevalecer legislativamente la ampliación de los legitimados para promover la acción de desconocimiento de la paternidad legítima. En la medida que sólo se acordase la acción al marido, con exclusión de todo otro legitimado —como lo hacía el derogado art. 256 del Cód. Civil<sup>106</sup>— el problema se circunscribiría al efecto vinculante de su voluntad. Pero si, como sucede ahora en nuestro derecho, la acción se confiere también al hijo en todo tiempo (art. 259), es menester establecer un fundamento institucional que, oponible erga omnes, impida un accionar no querido por la ley.

Es en este punto que, señalamos, deberá preverse la imposibilidad de desconocer la paternidad del marido cuando ha mediado ese consentimiento a la inseminación heteróloga de la esposa, habida cuenta de la irrevocabilidad del vínculo filial constituido. Así lo han consagrado ya otras legislaciones (Código Civil holandés, en 1972, art. 201-1: "No habrá lugar a la acción de impugnación si el marido dio su consentimiento a un acto que pudo tener por consecuencia la concepción del hijo"; ley sueca sobre filiación del 20 de diciembre de 1984, art. 6º, que considera padre del hijo al esposo o varón que conviva con la madre cuando éste haya prestado su consentimiento a la inseminación con semen de donante, si en consideración a todas las circunstancias es probable que el hijo haya sido engendrado mediante inseminación; la *family law amendment act* de Australia del año 1983, sección V; art. 586 del Cód. Civil de Quebec, Canadá, etcétera).

<sup>106</sup> Sobre la discusión acerca de la legitimación del hijo para impugnar, a la vista de ese texto: Bossert - Zannoni, *Hijos legítimos*, comentario al art. 256, p. 181 y ss., § 7 a 9.

## 6. CONCLUSIONES

Hace diez años, al cerrar nuestro libro acerca de este tema, con un breve capítulo que contenía conclusiones y propuestas generales, decíamos que quizá resulta prematuro un balance definitivo: "todo balance es provisional en esta materia"<sup>100</sup>. No obstante el tiempo transcurrido y la velocidad con que se suceden los acontecimientos en el ámbito científico, estamos persuadidos de que todavía es tiempo de balances provisionales. Sin embargo, es menester que la legislación positiva incorpore el tratamiento del tema, aun cuando ni esa legislación haya de reputarse definitiva o inmutable —cada vez el derecho positivo es más dinámico y cambiante— ni los problemas que se contemplan sean los únicos que pueden requerir regulación legal. En suma, y reiterando lo dicho al comenzar: el silencio del legislador refleja —consciente o inconscientemente, se quiera o no— indiferencia que favorece la clandestinidad y los excesos. La prudencia, de todos modos, no está reñida con la decisión de legislar. La prudencia exige estudio, meditación, confrontación de ideas y experiencias, metas a alcanzar sobre la base de la exigencia de justicia.

En este sentido creemos que a esta altura de los acontecimientos el legislador se enfrenta con la necesidad de encarar ciertos requerimientos mínimos del orden jurídico en orden a las prácticas de fecundación artificial en seres humanos:

a) Regular específicamente las relaciones jurídicas que determina la manipulación genética. En particular, las condiciones que hacen a la licitud de los actos de disposición que tienen por objeto los gametos (gratuidad de la dación, capacidad de donantes, anonimato o reserva de éstos, irrevocabilidad e incondicionalidad de la dación), y a la licitud en el uso de las técnicas de reproducción humana artificial. En relación a esto último, la ley debe precisar los límites a la práctica de la inseminación artificial y la fecundación extracorporal. En tal sentido, y como mínimo, creemos que toda técnica debe garantizar la incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre (prohibición de la utilización del semen

<sup>100</sup> Zannoni, *Inseminación artificial*, p. 113.

de personas fallecidas, exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para practicar inseminación heteróloga o fertilización *in vitro* con óvulos de donante, no admisión en mujeres no casadas actualmente, exclusión de modalidades y de toda relación de filiación entre donantes de gametos y el hijo, adecuada selección de los donantes, admisión de fertilizaciones *in vitro* múltiples limitadas al número de embriones que deben ser implantados, prohibición de congelar o conservar embriones, y, por ende, toda donación o tráfico que los tenga por objeto, prohibición de toda práctica que implique gestaciones por cuenta de otros, como la de maternidades subrogadas).

b) Regular la prestación de los servicios de fecundación artificial en seres humanos. En este sentido es menester que la ley determine las condiciones técnicas en que podrán prestarse esos servicios, establecimientos, clínicas o facultativos habilitados, controles de la autoridad sanitaria, etcétera. En particular, el poder de policía requiere para su ejercicio efectivo que se determinen las prácticas admitidas y prohibidas, que se verifique con eficacia el cumplimiento de las disposiciones relativas a la selección del material genético, su uso y conservación, la gratuidad de la dación de gametos, la reglamentación relativa a la reserva de datos de donantes y su adecuado archivo por el término que se establezca.

Complementariamente, deben tipificarse los delitos vinculados con las prácticas ilegales (investigaciones o experimentaciones en embriones humanos que excedan las intervenciones diagnósticas y terapéuticas dirigidas a promover el desarrollo y el nacimiento del niño; inseminaciones artificiales heterólogas o fertilizaciones *in vitro* con óvulo de donante practicadas a una mujer casada sin consentimiento del marido; ofrecimiento público de esperma fértil, de óvulos o de embriones; conservación de embriones no destinados a implantación inmediata; inseminación en madre portadora o implantación de un embrión en otra mujer que se obliga a entregar el niño después del nacimiento). En todo caso las prácticas ilegales deben acarrear la inhabilitación del servicio.

c) Incorporar dentro de los cuerpos legales que regulan el derecho de filiación –Códigos Civiles, Códigos de Familias, o leyes especiales– una regulación de las acciones de desconocimiento de la maternidad que impidan su ejercicio cuando la fecundación extracorporal con óvulos de donante

se ha practicado mediando consentimiento expreso de ambos cónyuges. Y, para el caso en que no hubiere mediado la conformidad del marido, mantener la determinación de la maternidad legal por el parto aunque pudiese, en su caso, impugnarse la paternidad por aquél si no dio su semen para la fecundación. Establecer que en los casos de maternidades subrogadas o sustitutas, si la mujer que dio a luz el hijo manifiesta su voluntad de asumir la maternidad legal no podrá impugnarse la maternidad, y, en caso contrario, disponer que el hijo será dado en adopción teniendo en cuenta el interés del menor fundamentalmente.

d) Vedar toda acción de impugnación de la paternidad matrimonial cuando el marido dio su consentimiento expreso para la inseminación heteróloga.