

El embrión humano. Principio de existencia de la persona*

Por Santos Cifuentes

I. Principio jurídico de existencia de la persona. El embrión humano

1. La necesaria adaptación de los valores

En todas las direcciones del pensamiento, para la formación de los principios y valores que guían y acompañan al hombre que procura su adelanto y ventura, debe reconocerse la necesidad de una inteligente adaptación a las realidades descubiertas, a medida que se abren perspectivas en el saber y comprensión de su naturaleza y de la naturaleza que lo circunscribe. Esto importa la renovación, y hasta revisión si fuera menester, de los viejos dogmas ideológicos, a fin de acompañar el panorama de los progresos y descubrimientos. Caso contrario, en la retaguardia y en el anacronismo, perderán la condición de su sustento, que es el de ser bases directrices o esencias respetables del comportamiento humano.

La ciencia jurídica y su filosofía, por supuesto que no puede ni debe apartarse de ese empuje de la evolución, impulsada en su programa y metas por los nuevos aspectos de las realidades desentrañadas. Sería absurdo, por ejemplo, que el ordenamiento siguiera regulando la vida de relación según las bases jurídico-religiosas de la prehistoria, las que se consagraban con su respeto impecable antes de que apareciera la escritura, o bien, que se mantuvieran con su rol regulador de la vida en sociedad, una vez inventada y difundida la imprenta y, después, el soporte papel, las anteriores a la expansión de estos medios, como si los adelantos en la información y comunicación no se hubieran creado y asumido por las civilizaciones. Ello no obstante que, en su oportunidad, los lógicos cambios tuvieron opositores, reacción y críticas apoyadas en artículos de fe por ellos superados. Importaría el sometimiento a un estatismo destructor, no obstante todo lo que significó el poema Sumerio de Gilgamesh o el Código de Hammurabi, o Gutenberg, como hitos de perspectivas en el camino del progreso.

Y esta puesta al día es, probablemente, muy semejante en todas las expresiones del pensamiento, sea en el antropológico, científico, religioso, filosófico y hasta teológico. Para comprenderlo así, no es imprescindible recordar la revolución astronómica que sobrevino a Copérnico y Galileo, la cual resquebrajó y reacomodó casi todas las creencias de la época, al pasarse, nada menos, de la visión ptolomeica con su derivación antropocéntrica a la verdad heliocéntrica. Tampoco lo es examinar en profundidad con sus seguidores y detractores, la novísima corriente filosófica de Edward O. Wilson sobre sociobiología, según la cual, el “desarrollo moral sólo es una versión más complicada e intratable del problema de la variación genética”... “para formar un ejercicio reconocible en la genética del comportamiento”¹. Pero pa-

* Publicado en *Abuso del derecho y otros estudios*, en homenaje a Abel M. Fleitas, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992.

¹ Wilson, Edward O., *Sociobiología: la nueva síntesis*, Omega, Barcelona, 1980, p. 580 y 581, cit. por D. S. Alcázar. En otra parte dio este sermón a los filósofos de la ética: “los centros del control emocional en el hipotálamo y en el sistema límbico del cerebro... inundan nuestra conciencia con

rece bueno destacar que David Sobrevilla Alcázar, ha dicho en las conclusiones a su ceñido estudio crítico, que en “el día de hoy es ampliamente aceptado que la ética es un producto de la evolución; aunque, como lo escribe D. D. Raphael, aún no se han podido reconstruir los detalles de este proceso. Parece también indudable –sigue Alcázar– que para una ética a la altura del saber de nuestra época son relevantes los conocimientos de las ciencias naturales –entre ellos la biología– y de las ciencias sociales, como el psicoanálisis y la sociología...”².

En este sentido, resultará de interés para acercarme al tema del embrión humano, comienzo de la vida y de las personas, hacer algunas aproximaciones en la historia de la filosofía, de la ciencia y de la teología.

II. El antiguo pensamiento antropológico

Dos cuestiones se pregunta la antropología, separándolas o juntándolas según posiciones ideológicas:

a) ¿Se trata de considerar y dar luz sobre la aparición del hombre como realidad biológica?

b) ¿Se trata de establecer la iniciación de la entidad personal del hombre?

En el curso del pensamiento de todos los tiempos, pero con mayor razón en los fundacionales antiguos, se enfrentaron las teorías materialistas a las espiritualistas. Según aquéllas el hombre es pura materia (en permanente evolución o no; producto del azar o no). Para las segundas el hombre es cuerpo y alma. Se concibe una fusión corporal y espiritual que importa la unión de las esencias, sin la cual no se es hombre. Aparecieron, pues, diversas doctrinas a fin de dar explicación de esa fusión, de las que tomaré dos en breve referencia:

a) Preexistencialistas: el alma es creada por Dios antes del cuerpo o antes de la unión con los cuerpos (Orígenes).

b) Generacionistas: Dios no interviene, sino que el alma es transmitida por los padres, llegándose a la idea síntesis de que “los cuerpos engendran cuerpos y las almas engendran almas”.

Esta posición del generacionismo está recibida por varias derivaciones del llamado traducionismo;

Así: b') Ante el dilema del pecado original y su comunicación a todo descendiente, se llega a la idea de que ese pecado se transmite de padres a hijos;

todas las emociones... a las que recurren los filósofos de la ética deseosos de instituir las normas del bien y del mal. Y nos sentimos impulsados a preguntar: ¿cuál fue el origen del hipotálamo y el sistema límbico? Evolucionaron por selección natural. Ese sencillo postulado de la biología debe esgrimirse para explicar la ética y a los filósofos de la misma, por no decir la epistemología y a quienes la estudian, en todos los niveles”. El materialismo científico de Wilson, dice Charles Frankel, implica que si conocemos adecuadamente las condiciones físicas y biológicas podemos deducir nuestras ideas y reflexiones éticas, ver: *La sociobiología. Su crítica*, Facetas, n° 50, 4/1980, p. 62. Ver también, Ruse, Michael, *Sociobiología*, Cátedra, 2ª ed., Madrid, 1989.

² Sobrevilla Alcázar, David, *Biología y ética*, “Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Pezet”, Cultural Cuzco, Perú, 1988, p. 353.

b”) Otra, muy aceptada, encuentra que esa transmisión desde Adán a sus descendientes, se ha producido por una fuerza otorgada por el Creador, o sea, por una vía generativa biológica. Esto fue dogma que se estableció y mantuvo en los Concilios de Cartago, de Orange II y llegó hasta Trento;

b’’) El traducionismo agustiniano que era espiritualista, pues San Agustín también admitía la fusión y creación simultáneos del cuerpo y el alma, pensando que había un semen corpóreo y un semen incorpóreo. Y esta idea tachada más tarde de falsa, reapareció en el siglo XIX;

El “traducionismo”, que asumió la teoría de la unión simultánea de cuerpo y alma, fue reprobado por herejía. Por eso San Gerónimo y Lactancio, por ejemplo, sostuvieron que el alma no aparecía al mismo tiempo que el cuerpo, sin interregno entre la formación corpórea y espiritual, arribándose a la “animación retardada”.

III. Algunos desarrollos del antiguo pensamiento científico

Aristóteles fue considerado durante mucho tiempo y por muchos pensadores, como el primer científico de la humanidad. Y también por influjo de sus afirmaciones, durante siglos se consideró que era el semen del hombre la semilla de vida, el creador vital, sin perjuicio de admitir algunos una cierta colaboración de la sangre menstrual. No hubo en todo ese tiempo análisis interno del fenómeno natural de la aparición de la vida, sino solamente externo a partir del semen o simiente humana.

Antes del Estagirita, ha habido expresiones que demuestran que ese concepto tenía vulgar generalidad. Así Eurípides en su tragedia *Orestes*, cuando el personaje central pretende justificar el asesinato de su madre, le hace decir: “...soy piadoso bajo otro aspecto por haber vengado a mi padre. ¿Qué debía yo hacer? Compara unas cosas con otras: mi padre me engendró y tu hija (Clitemnestra hija de Tyndaro) me parió, recibiendo como un campo su semilla. Yo creía, pues, que debía hacer más por el que me engendró que por la que solo me alimentó”. Ya Esquilo había desarrollado esa idea en *Las Euménides*: “no es madre la que engendra al hijo, sino la que conserva el licor genital. Engendra el hombre; pero ella, como en hospedaje guarda el germen para que el dios, así escondido, no le dañe. Daré una prueba de mi opinión. Puede haber padre sin madre”. Se refería a Minerva que nació de la cabeza de Zeus³.

Para la teoría científica aristotélico-tomista, pues Santo Tomás de Aquino siguió las bases de aquél desde un punto de vista cristiano, el semen era: “el humor más noble del cuerpo poseedor de un principio espiritual o etéreo que conducía en sí la entelequia o forma sustancial con que es informada la materia del embrión”⁴.

Sobre tal base definitoria se enseñaba el fenómeno de la reproducción humana, elaborándose dos hipótesis:

a) El semen o elemento masculino llevaba el impulso creador al útero. El embrión humano, derivado de esa fuerza generatriz del semen, iba formándose y recibiendo formas sustanciales cada vez más perfectas. En los machos la configuración

³ Obras dramáticas de *Eurípides*, tr. y notas de Eduardo Mier y Barbery, Madrid, 1909, t. 1, *Orestes*, p. 288 y 289, y nota 1.

⁴ *Suma teológica*, III, q. 31 a 5 ad. 3.

humana ocurría a los 40 días; en las hembras ella aparecía a los tres meses. Pero en todo caso la mujer madre sólo desempeñaba un papel pasivo.

b) La animación o unión del alma a ese embrión (la palabra alma viene del latín *ánima*, o sea lo que anima o vivifica al ente en que se encuentra), era posterior o retardada con respecto al acto seminal; había una verdadera metamorfosis o sistema de fases del embrión: 1) al principio ese embrión se nutre y desarrolla como una planta y, por eso, en esa fase aparece el alma vegetativa; 2) dicha alma vegetativa se corrompe y le sucede un alma sensitiva, la cual tiene origen en la potencialidad de la materia, como una virtud formativa de la madre; 3) después, en el tercer tiempo, que se consideró el único definitivo y el más importante, el alma sensitiva también se corrompe y se educa el alma intelectual o racional o espiritual (aquella que por definición da carácter de hombre; es su principio de vida; lo vivifica como tal). Esta alma intelectual proviene de la fuerza creadora del semen e importa una forma final que comprende las almas vegetativas y sensitiva, reuniendo las tres fases y conteniéndolas completamente en una sola unidad sustancial. Dicha teoría científica del comienzo del hombre como tal, se mantuvo hasta 1943⁵.

Desde ya que hubo otras teorías, como las preformistas que fueron bien ovistas o animalculistas, estas últimas considerando el descubrimiento del espermatozoide (ocurrido en 1697 –*animáculi* o animalillo, según se lo llamó por ese entonces–). Para ellas en el semen de Adán estaba encerrado el género humano, el que se ha ido transmitiendo de preformación en preformación.

Y por cierto que hoy, ante los descubrimientos genéticos nada de esas teorías queda, porque no eran verdad científica y han quedado encerradas en el anaquel de las antigüedades, no obstante los poquísimos años transcurridos desde la revelación del gen y su creación química con Khorama, ocurrida en la década del 70 del siglo XX.

IV. El consecuente pensamiento teológico

Uno de los grandes cuestionamientos teológicos es la determinación inicial del alma. Nadie ha dudado entre la mayoría de los teólogos, del precepto de Boecio: *sólo con el alma se es hombre*. Se ha dicho que es el comienzo, el acto primero de todas las proyecciones de la persona humana; el inicio de la vida que se diferencia de la materia. Que, para el hombre, el principio de vida es el alma, porque tiene una naturaleza espiritual, dotada de inteligencia y voluntad. Se ha sostenido, por ello, que en los animales el alma reside en la materia misma de los progenitores, pero en el alma humana no puede admitirse que ella aparezca con los elementos germinales, porque lo más no proviene de lo menos, sino que ella depende de un acto creador operado por Dios⁶.

Durante mucho tiempo las preguntas eran: ¿van juntos el acto generacional o sexual con el alma? ¿se confunden? ¿son la misma esencia y en simultánea aparición? Si se admite la original acción de Dios en cada hombre, ¿es igual la fecunda-

⁵ Basso, Domingo M. O. P., *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, Consorcio de médicos católicos, Bs. As., 1989, p. 59 y siguientes.

⁶ Andorno, Roberto L., *El derecho a la vida: ¿cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro)*, ED, 131-904.

ción a la animación o imposición del alma? La concepción, producto de la unión sexual, ¿es instantánea con la animación que depende de otro acto del Creador?

Como enseña el sacerdote Basso, estos problemas fueron los que llevaron a combatir al “traducionismo”, que confundía acto genético con animación, llegando a ser declarado una herejía por San Atanasio II, el 23 de agosto del 495.

De ahí que se construyó, a través de la epigénesis aristotélica, la concepción de la *animación retardada*, o creación del alma por Dios en tiempo posterior a la fecundación, distinguiéndose cronológicamente la concepción de la animación. Por ende, también, el comienzo de la vida humana de la concepción. En tal sentido, Santo Tomás y San Alberto Magno, así como muchos textos⁷, dan cuenta de que el alma, obra de Dios, se crea en cada ser en los cuerpos ya organizados.

Había en esta filosofía una verdadera repulsa al hereje traducionismo o generacionismo, según el cual los cuerpos engendran cuerpos y las almas, almas; y por ello, un alma en pecado original engendra otra igual con ese pecado. O bien, para los espiritualistas de esa doctrina reprobada, se había creado un alma al primer hombre –Adán–, que pasaba a los descendientes de génesis en génesis, o de acto sexual genético en acto sexual genético.

El *transformismo* aristotélico-tomista, que fue por mucho tiempo consagrado oficialmente, con influencia inclusive en los cánones sobre aborto y bautizo, atendía, en cambio, a una metamorfosis o “vis formativa”, bien teoría de la “energía plástica” que aquí se ha referido, según la cual la vida procede del semen paterno –en mínima proporción del alma de los generantes– y del alma creada tardíamente por el Sumo Hacedor, estando ya configurado el embrión en la etapa expuesta. De donde, siguiendo la definición de Boecio, no se era hombre hasta ese momento.

La incidencia, pues, de los desarrollos científicos sobre los teólogos y los fundamentos filosóficos consagrados y en parte oficializados, queda a la vista. El sacerdote Basso, cuya importante obra en gran medida he seguido, lo señala⁸.

Esta influencia aparece en los textos tomistas sobre el alma y el concepto de persona. Había sostenido Boecio que el hombre *es sustancia individual de naturaleza racional*. Los griegos usaban el término *prosopón* para designar la persona, y el término *hipóstasis* que se ha interpretado como la “subsistencia en sí incomunicable y distinta”. En la *Suma teológica* se distingue la sustancia de la subsistencia, con este párrafo a mi ver revelador de aquellas influencias: “se ha de saber, sin embargo, que no cualquier individuo en el género de la sustancia, incluso en la naturaleza racional, tiene razón de persona: si no sólo aquél que existe por sí (*quod per se exist*), no, en cambio, aquél que existe en otro más perfecto (*in alio perfectioni*)”⁹.

La sustancia es completa, esto es, cuando subsiste en sí misma y no en la mera naturaleza sustancial completa; hipóstasis o sustancia incomunicable. Para la enseñanza tomista: “la hipóstasis significa la sustancia particular no de cualquier manera (*non quocumque modo*), sino en cuanto que está en su complemento (*prout est in suo complemento*). Pero, en cuanto viene en unión de algo más completo, no se

⁷ *Suma teológica*, I Pars, q. 118 a 2 ad. 2; III Pars, q. 33 a 2 ad. 3.

⁸ Basso, Domingo M. O. P., *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, p. 90 y siguientes.

⁹ *Suma teológica*, 3 q. 2 a 2 ad. 3.

llama hipóstasis: como la mano o el pie...”¹⁰. Bien se ve que la subsistencia incommunicable requería la “individualidad” en su configuración ya formada, a través de la animación en la última etapa del alma intelectual.

Es por ello que Basso sostiene, ahora: “la hipóstasis de la animación retardada se fundaba exclusivamente sobre una teoría biológica hoy insostenible y sobre una fundamentación filosófica-teológica que se derrumba sola al perder su base de sustentación...”. Que, el magisterio de la Iglesia Católica establece en los tiempos que corren la animación inmediata y que, desde el primer instante, hay alma¹¹. Bien se advierte que se habla hoy de las leyes sacrosantas, inmutables e inviolables de Dios, por el respeto incondicionado a la totalidad corporal y espiritual del “cigoto”¹². Mas no hace mucho, cuando no se conocía la interioridad de la gestación embrionaria, se hablaba del respeto sacrosanto no herético de la animación retardada, porque Dios creaba el alma independientemente y a posteriori del acto de germinal. De ahí, debo repetirlo, la inevitable influencia, para la formulación de los principios, de los descubrimientos científicos y tecnológicos, los que, como se verá no pueden evitar su influjo en el área jurídica.

V. Antecedentes jurídicos del *nasciturus*

Si bien la compulsión de los textos del Derecho Romano ha levantado una polémica que perdura, acerca de la personalidad del concebido no nacido, habiendo quienes consideran más exacta la interpretación de Freitas, inspirador parcial del Código Civil de Vélez Sársfield, fue la de Savigny de mediados del siglo XIX la que inspiró, con su *Sistema del Derecho Romano actual*, a la gran mayoría de los juristas y de las legislaciones continentales.

En Roma, según dicha teoría savigniana, Juliano estaba en desacuerdo con Papiniano y Ulpiano. Unos textos reputaban al concebido como ya nacido, lo asimilaba al infante¹³. Otros establecían que durante la gestación no es todavía una criatura humana, le falta la existencia propia y se lo debe considerar como formando parte de la madre¹⁴. Para el gran jurista alemán, prevaleció en la jurisprudencia alemana, los intérpretes y estudiosos, la máxima dice: *infans conceptus pro natu habetur, quoties de commodis ajus agitur* (el niño concebido se tiene por nacido, en tanto se trate de su conveniencia). Vale decir que sólo se lo tenía en cuenta si existía un interés que le perteneciera exclusivamente. Por y para la conveniencia, sin un concepto abstracto de personalidad por sí¹⁵. Savigny, que de entrada afirmó que “la ca-

¹⁰ *Suma teológica*, 3 q. 2 a 3 ad. 2. Ver, Beltrán, Francisco, voz: *Persona I. Filosofía y teología*, Enciclop. Rialp, t. 18, p. 348 y 349.

¹¹ Basso, Domingo M. O. P., *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, p. 224.

¹² Basso, Domingo M. O. P., *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, p. 228.

¹³ L. 26 de Statu Hom. -I, 5-.

¹⁴ L. 9, I. ad L. Fac.

¹⁵ Bonfante, que transcribe la regla de Juliano (D. L. 26-1,5) y está en desacuerdo con ella, dice inclusive que la reserva y la tutela de derechos es natural y lógica; que, por el contrario, “parece menos lógica la norma según la cual la capacidad jurídica, en cuanto sea útil para el que está por nacer, y sólo en cuanto le sea útil, se debe calcular desde la concepción”. Le parece que es una *benigna interpretatio*, a la que podía proceder la jurisprudencia romana, y que el motivo inicial de esa *benigna interpretatio* fue, sin duda alguna, el *favor libertatis*, que fue extendido a cualquier otro *status* favora-

pacidad natural (quiso referirse a lo que hoy entendemos por personalidad), comienza en el instante en que el nacimiento completo se verifica”, apoyó la regla inspirada en Papiniano, porque ella, dijo, expresa “la realidad de las cosas en un estado presente”. En cambio, para él la de Juliano “es una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite”.

En general, enseñaba Savigny, el *nascituro* no tiene personalidad “porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos; no es persona cuya representación sea necesaria o posible. La ficción de reputarlo o asimilarlo al nacido, no tiene más objetivo que ocuparse de la vida futura del infante”... “bajo un doble aspecto, protegerlo por medio de la sanción de las leyes y marcar los derechos posibles” (no actuales), “que vienen unidos al nacimiento”. De tal modo, dicha ficción está creada en su interés, “a él sólo aprovecha”, pero carece del sentido general que corresponde a la personalidad. La ley protege la vida futura de alguien que todavía no es. El amparo de las normas penales se refiere al delito de aborto, y el de las de policía, a la obligación de abrir el vientre de la madre muerta para salvar la criatura y también para diferir hasta el parto, sobre la mujer encinta, la ejecución de la pena de muerte o de tormento¹⁶. Por su parte la tutela de la ley civil garantiza los futuros derechos del infante hasta el momento en que nace. No son derechos actuales y, claro está, por la índole de la situación contemplada, esa garantía tenía un campo estrecho, pues se aplicaba tan solo “al estado (filiatorio)... y a las sucesiones”. Negaba la personalidad del concebido, porque no reconocía sustrato personal actual para derechos y obligaciones, pero ante la eventualidad del ser humano que se presiente, estaba admitida una reserva de derechos determinados y de previsiones de amparo en la ley¹⁷.

VI. La proyección de las enseñanzas de Savigny

Diversas teorías se han venido elaborando sobre el principio jurídico de la persona. Siguiendo a Castán Tobeñas, se puede destacar:

a) *La de la concepción*: desde este hecho de la naturaleza debe ser reconocida la capacidad jurídica, con el inconveniente hasta hace unos pocos años, de que era imposible determinar el tiempo de la concepción.

b) *La del nacimiento*: porque el feto no tiene vida independiente a la de la madre y tampoco es posible determinar el tiempo de la concepción.

c) *La ecléctica*: el nacimiento es el punto de partida de la personalidad, pero se reconoce por una ficción, derechos al *nasciturus*, o bien se retrotraen los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. Es la de Savigny que se ha impuesto en casi todos los códigos, la cual, según Castán Tobeñas, es falsa y artificiosa e innecesaria,

ble, por el pretor en la época de Justiniano. Conf. *Instituciones de Derecho Romano*, p. 39 y 40, nota 3, Madrid, 1929.

¹⁶ L. 2, de Mortuo Inferendo –XI, 8–; L. 18 de Statu Hom. –I, 5–; L. 3, de Poenis –XLVIII, 19–.

¹⁷ *Sistema del Derecho Romano actual*, tr. Jacinto Mesía y Manual Poley, t. I, p. 278 a 281, Madrid, 1878. Ver sobre este tema la distinción entre el hombre jurídico y el hombre natural que Busnelli, Francisco D., advierte en Savigny: *La tutela civil de la persona: una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano*, en “Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano”, ponencias, Cultural Cuzco, 1990, p. 47.

ria, pues no hay que recurrir a ficción alguna y ni debe considerarse al concebido como ya nacido, dado que basta para los fines prácticos del derecho, reconocer a su favor reserva de derechos eventuales. El concebido, sostiene, es una esperanza de hombre (*spes hominis*); los supuestos derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento de existencia jurídica, ni implica ficción alguna, pues son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

d) *La de la viabilidad*: exige, además del hecho de nacer viva, que la criatura tenga aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno¹⁸.

Casi todos los códigos han consagrado la tradición romanista según la teoría de Savigny. Pero es muy importante destacarlo, algunos aplican la máxima de que el *nascituro* es reputado por nacido sólo si se trata de su beneficio, como reserva o garantía de derechos que le esperan, con un valor general, comprensivo de los casos que no están expresamente contemplados. En otros esa máxima rige únicamente los derechos que la ley específica¹⁹. Con mayor o menor amplitud, por tanto, se presentaban como un bloque inmovible a la revolucionaria idea contrapuesta de Freitas, la cual no ha tenido la suerte de inspirar a los más modernos legisladores de su patria, el Brasil. Así, el anteproyecto brasileño de 1963, de Orlando Gómez, dispone en el art. 2: *desde o nascimento até a morte todo homem é sujeito de direito*. Parágrafo único. *Ao nascituro sao assegurados os direitos que seu interesse exija, se nascer com vida*.

En la doctrina, los juristas de primera línea de esos países, sostienen la teoría de la personalidad al tiempo del nacimiento. Recordaré, al solo ejemplo ilustrativo, los nombres en Italia de Messineo, Trabucchi y Barbero; en España de Albaladejo, La Cruz Berdejo, Castán Tobeñas; en Francia de Carbonnier, Ripert Boulanger, los hnos. Mazeaud²⁰.

VII. La singular regulación de los códigos argentino y peruanos de 1984

Vélez Sársfield se inspiró en Freitas. Las disposiciones del Esbozo de éste, fueron copiadas por el codificador argentino. Argumentaba el jurista brasileño en la

¹⁸ Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Reus, Madrid, IIª ed. 1975, t. I, vol. 2, p. 100. Domínguez Martínez, Jorge A., *Derecho Civil, parte general. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez*, 2ª ed., Porrúa, México, 1990, p. 140 y ss., donde transcribe a Castán.

¹⁹ Italiano de 1942 (art. 1); de Austria (art. 22, transcripto por Vélez en la nota al art. 63); de México (art. 22); de Luisiana (art. 29); de Alemania de 1900 (arts. 1, 1923 y 2043, ap. 2); de España (art. 29); del Perú de 1936 (art. 1); del Brasil (art. 4); de Chile que dispone: art. 74: "la existencia legal de toda persona principia al nacer". Art. 77: "Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, el recién nacido entrará en el goce de dichos derechos, como si ya existiere en el tiempo en que tales derechos se otorgaron"; el de Venezuela actual, que dispone: Art. 16: "Todos los individuos de la especie humana son personas naturales". Art. 17: "El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo"; el vigente de Colombia, que dispone: Art. 90: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre". Art. 93: "Los derechos que se diferirán a la criatura que está en el vientre materno, si hubiere nacido y viviere, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiere existido al tiempo en que se defirieron".

²⁰ Con transcripción de los autores recordados, ver Domínguez Martínez, Jorge A., *Derecho Civil, parte general. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez*, p. 142 a 147.

nota a su art. 53 (similar a nuestro art. 63), al criticar el concepto de que los que van a nacer son personas futuras, que ello no es así porque realmente existen, “sin embargo de que no hayan nacido aún, viven ya en el seno de la madre *–in utero sunt–*”²¹. Afirmaba que la existencia antes del nacimiento es real, “sus efectos jurídicos no dan lugar a dudas y sobre ellos no hay divergencia alguna, pero se ha imitado al derecho romano, las palabras han sido infieles al pensamiento y aquello que es verdad se dice que es ficción”. Recordó el Código de Prusia, 1ª parte, tít. I, que según él se aparta de la ficción y establece en el art. 10: “los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos que no son aún nacidos a contar desde el momento de su concepción”²². Fundó su idea en el siguiente párrafo: “no concibo 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”... “dándoseles curador, que se ha denominado curador al vientre, es forzoso concluir que existen ya y que son personas, pues la nada no se representa. Si los que deben nacer dejan de ser personas por la imposibilidad de obrar, (nota al art. 41), tampoco son personas los menores impúberes, al menos, hasta cierta edad”²³.

No pudo, Vélez Sársfield, echar a saco roto los contundentes argumentos de Freitas. Estableció en el art. 70 del Código, similar al 221 del Esbozo y seguidor de Juliano: “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

Pero sin embargo, el codificador argentino no tuvo firmeza y vaciló. Aparte de que ciñó la idea de adquisición de derechos a unos pocos que mencionó, por lo cual, partiendo de un principio de personalidad reconocida fue menos comprensivo que los códigos que, desde un principio opuesto, crearon la ficción de personalidad para conveniencia o ventajas del concebido en términos no enunciativos, en la nota al art. 3290, al referirse a la capacidad del concebido para suceder por título universal, expresó una idea contraria: “el hijo en el seno de la madre *–dijo–*, tiene solo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual”. Reconoció que el derecho lo considera hábil para suceder y citó el texto romano del Digesto, L.7: *Qui in utero est, proinde ac si rebus humanis esset*, el cual transita por la regla que considera al *foetus* como ya nacido, pero solo si se trata de su interés, alguna adquisición a su favor, en el caso hereditaria. ¿Quiere ello decir que en ausencia de dicho beneficio patrimonial, no se asimila el estado jurídico del que va a nacer con el nacido? ¿no tiene entonces personalidad? Pero esa nota al 3290 que parece aceptarlo, se remite a los arts. 63 a 70. El primero dispone: “son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”. Con lo que débilmente se salva la contradicción del pensamiento del legislador.

²¹ Código Civil. *Obra fundamental del Código Civil argentino*, Bs. As., 1909, t. I, p. 50 y 51.

²² Sin embargo, el viejo Código de Prusia, disponía en el parágrafo 22: “los derechos civiles que corresponderían al aún no nacido, si realmente hubiera nacido al tiempo de la concepción, le quedarán reservados para el caso de que nazca con vida”.

²³ Freitas, *Código Civil. Obra fundamental del Código Civil argentino*, nota al art. 221, p. 126 y siguientes.

El análisis meditado de las disposiciones me lleva a la conclusión de que, tanto Freitas como Vélez, expresaron su teoría sin absoluta convicción, ni la aplicaron en profundidad, abarcando de llano y en especie todas las consecuencias jurídicas del principio de personalidad. Por ello, sobre todo con respecto a la representación del *nasciturus* y a los derechos que se le reconocen, retacearon la aplicación del principio (art. 64, enuncia “adquirir bienes por donación o herencia”; art. 3290 sobre capacidad de suceder y su nota ya expuesta; art. 74, supedita su personalidad a que no nazca muerto).

La condición jurídica del concebido tenía disímil construcción en uno u otro sistema. En el de la ficción cuando se trataba de sus ventajas, para que se concretaran los efectos filiatorios y patrimoniales se requería el nacimiento vivo. Entre tanto se reservaban esos derechos; se mantenían en suspenso. Luego, tal presupuesto del nacimiento con vida fue explicado como una especie de condición suspensiva: producido con éxito el acontecimiento futuro e incierto, los efectos se proyectan retroactivamente hacia la fecha del acto jurídico que creó el derecho. Si nace muerto, al no ocurrir el acontecimiento subordinador, se reputa que nunca hubo adquisición de derechos.

En cambio, el principio contrario sienta sus reales en el argumento incontrovertible de que la persona es antes del parto y, por consiguiente, el derecho se adquiere a partir del momento en que se otorga el acto o acontece el hecho relacionante (donación, testamento, muerte, matrimonio, etcétera). Pero, y aquí se vislumbra la vacilación y el retroceso en la idea, si la criatura muere antes o al nacer, todo se disuelve hacia atrás, como si nada hubiera sido. Se piensa que se establece aquí una condición resolutoria. De referirse a los derechos patrimoniales con exclusividad la condición jurídica fuera aceptable y coherente. Ya no lo es frente al texto del art. 74, que dispone: si muriesen (los concebidos) antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido. La condición viene a cernirse no sólo sobre los derechos, también sobre la personalidad. Observa bien Orgaz que la caracterización jurídica es antitética; ya no se puede hablar de condición resolutoria, porque está afectado un elemento esencial, presupuesto del vínculo, el sujeto mismo.

Hace ya bastante tiempo –antes por cierto de la difusión de los conocimientos biogenéticos– en la década del sesenta²⁴, llegué a hacer un planteamiento sobre esto. Recordé que la gran mayoría de los autores se adhirió al sistema Freitas - Vélez. Así, Busso²⁵, Bibiloni²⁶, Buteler²⁷, Borda²⁸, Spota²⁹, Llambías³⁰, Aráuz Castex³¹.

²⁴ ED, t. 15, p. 987.

²⁵ *Código Civil anotado*, Bs. As., 1958, t. I, p. 459, art. 70, n° 10 y 11.

²⁶ En el anteproyecto estableció que la capacidad para adquirir empieza con el nacimiento (art. 30), pero sostuvo, después, la tesis de la personalidad del concebido: “Actas de la Comisión Reformadora”, I, p. 156 y 172.

²⁷ *Personas por nacer*, “Boletín del Instituto de Derecho Civil”, Córdoba, Jul-dic. 1952, p. 104 y ss.

²⁸ *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, Bs. As., Perrot, 3ª ed., 1959, t. I, p. 211 a 213, n° 224 a 228.

²⁹ *Tratado de Derecho Civil*, vol. 3-2, n° 727, p. 48.

³⁰ *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Bs. As., Perrot, 2ª ed., 1964, t. I, p. 324 y ss., n° 324 y siguientes.

³¹ *Derecho civil. Parte general*, Empresa Técnico Argentina, Bs. As., 1965, t. I, p. 209, n° 347 a 351.

En cambio Salvat, al hacer un examen crítico del Código y recorrer la legislación comparada, dijo que el sistema de aquél no estaba de acuerdo con la realidad de los hechos; que en el orden natural, una persona supone una individualidad distinta a las demás, con vida propia e independiente; que el concebido orgánicamente no es sino una entraña de la madre, que vive y se nutre a sus expensas, y que cualquier alteración del organismo materno repercute sobre él, por lo que ha sido un error considerarlo persona ya existente³².

Orgaz asimismo me hizo considerar la cuestión. Sostuvo que el sujeto de derechos y deberes debe ser autónomo de otro cualquiera, lo que en el ser humano sólo se da con el nacimiento. Hizo un símil con las personas colectivas, porque también deben ser autónomas y no subsistir de asignaciones del Estado (art. 33, Cód. Civil). Que el feto depende y forma parte del cuerpo de la madre: *pars visceram matris*.

Es equivocado, dijo Orgaz, asimilar *vida humana* con *persona humana*. La vida comienza con la concepción, pero otra cosa es establecer cuándo existe persona, concepto más estricto que supone vida individual y autónoma. La ley ampara la vida y los intereses del *nasciturus* por la eventualidad que representa, pero ello no significa que sea persona actual. Se respeta la vida humana ante la eventual personalidad futura. Después de la muerte y antes del nacimiento no hay substrato real, individuo humano. No hay, para el sentido común, ni para el jurídico, persona humana, porque no existe el portador; no hay substrato diferenciado.

Atacó entonces Orgaz con habilidad el sistema argentino, llamando la atención sobre el art. 74. Es aquí donde se hace fuerte la crítica; donde se desdibuja la solidez del esquema Freitas - Vélez, lo que me hizo proponer otro camino. Porque en efecto, el art. 74 es francamente incompatible con el noble principio de que el *nasciturus* es persona.

Freitas postuló la solución en el art. 226 del Esbozo: “si nacieren muertos por aborto o si muriesen en el seno materno o antes de estar completamente separados de su madre, serán considerados como si no hubiesen existido en tiempo alguno, resolviéndose por este hecho los derechos que hubiesen adquirido”. Y, explicó en la nota: “es el caso de una *conditio juris* con el carácter de condición resolutive”. Orgaz estima que tal derivación a la *conditio juris* resolutive, es ineludible ante el hecho de que el feto que nació muerto nunca tuvo vida individual y autónoma. Dijo: “establecida la inútil ficción de la personalidad del feto, la ley no podía salir de ella naturalmente, sino mediante otra ficción: la de que, naciendo muerto, se considerará como si nunca hubiese existido”. La primera es inútil, pues con el sistema romanista quedaban salvaguardados adecuadamente los posibles derechos; ella desborda el fin práctico e impulsa a la segunda. En vez de una, la ley ha debido establecer dos ficciones³³.

Pienso que debe hacerse un contrabalanceo de valores. Como sostuvo Freitas, otorgar derechos, dar representación, hacer posible la defensa judicial de aquéllos y, al mismo tiempo, afirmar que no hay personalidad, que sólo se trata de una expecta-

³² *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, Bs. As., 4ª ed., 1928, p. 208 a 211, n° 480 a 484.

³³ *Derecho Civil argentino. Personas individuales*, Córdoba, 2ª ed., 1961, p. 34 a 40, n° 1 a 5.

tiva es un artificio contrario a la realidad³⁴. Pero la otra alteración voluntaria de lo real con miras a un cierto resultado, al aniquilar la personalidad del *nasciturus* si muere antes de nacer, es acaso menos grave, menos ficción. Como tal considerada tiene menos bulto, porque destruye menos el principio de existencia de la persona. La real situación alterada podría expresarse así: “eres persona porque tienes vida y por ello te reconozco derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos física y jurídicamente... pero, si naces sin vida, es como si nunca hubieses sido. Eres pero puede que nunca hayas sido”.

Mientras que la ficción de Savigny, podría tener este marco: tienes vida y te doy derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a esos derechos, física y jurídicamente... pero no eres persona sino sólo una esperanza o expectativa; si naces con vida y la conservas, todo eso que preveí, adquirirá existencia. Eres pero no eres, serás.

Si se admite que en el *nasciturus* hay vida ¿cómo puede negarse que haya individualidad? Si hay vida, es vida propia, distinta de toda otra. ¿Cómo puede afirmarse todavía aquello de *pars visceram matris*? ¿de que es una entraña de la madre? Hay vida dentro de la vida; autónoma porque tiene su ley, aunque dependiente porque se nutre de la madre; individual, aunque ligada. No es lo mismo el *nasciturus* que el seno materno donde se aloja. Si el hombre es cuerpo y alma aquél ya es criatura, por creado; tiene características biológicas propias, conformación somática exclusiva, incomunicable y distinta a la de los progenitores. Hasta diferente sexo, si fuera varón, al de la madre, y un atavismo diferenciado; un destino moral suyo. Humanamente corporal su sustancia, el derecho está frente al soporte, sustentáculo o substrato físico portador de la máscara o personalidad. Por el art. 51 del Código Civil, el ente con signos de humanidad tiene personalidad sin distinción de accidentes y cualidades; de menudas físicas o mentales. Pero ahora se le quiere exigir, además, una separación determinada y una autonomía corporal... ¿qué decir entonces de los hermanos siameses que no la tienen?

Es claro que reafirmando esa línea de reconocimiento, tampoco parece convincente la solución del art. 74. Habría que eliminar las dos ficciones, porque a fin de dejar sin efecto retroactivamente los derechos patrimoniales, negocios y bienes del *nasciturus*, es innecesario borrar también su personalidad. El esquema sería: “eres persona porque tienes vida y te reconozco derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos, física y jurídicamente, por medio del poder judicial... pero si naces muerto, es como si nunca hubieras adquirido tales bienes y derechos patrimoniales, sin dejar por ello de haber sido persona. Eres hasta que dejes de ser”.

Esa idea que, repito, desgrané en los años sesenta³⁵, bajo el título *Un planteo nuevo*, tenía por misión evitar la ficción insostenible del art. 74, asegurar la dignidad que merece el ser desde que es y dar ajustada aplicación a la condición resolutoria. Ésta quedaba así limitada a los actos y derechos adquiridos, lo cual es su campo técnico, pero no la personalidad o el ser. Me preguntaba ¿cuál es la finalidad de volver a la nada a la persona haciendo violencia sobre un hecho de la naturaleza, si tenía sus derechos limitados y eran revocables? Propuse entonces la derogación del art. 74, manteniendo la solución del 70, que se refiere a la irrevocabilidad de los de-

³⁴ Orgaz ha considerado legítima la existencia de tal ficción, como recurso de técnica legislativa. Uno se pregunta: ¿por qué por igual motivo no lo es la otra ficción?

³⁵ ED, t. 15-960.

rechos cuando queda cumplida la condición de nacimiento con vida. Si el embarazo hubiere durado más de 300 días, se habría tratado de la relación jurídica inexistente, por falta de sujeto al tiempo de su establecimiento.

El último Código del Perú de 1984, vino a consagrar esa solución, aunque con variaciones destacables. Estatuye el art. 1°: “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

Vale decir que no se pone bajo condición al concebido mismo, sino a los derechos patrimoniales que hubiere adquirido. Además, al decir que el concebido es “sujeto de derecho” para lo que lo favorece, le da condición de persona existente, dado que es capaz de adquirir derechos, y a él en actualidad se le pueden imputar derechos y obligaciones.

Es claro que según el ponente de esa norma, en la exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código peruano, ha sostenido que la diferencia entre los vocablos “persona” y “sujeto de derecho” es un recurso lingüístico, ambos especies de una generalidad: “vida humana”. En tal sentido, asume la idea de que “persona” es con relación “sujeto de derecho” menos genérico, dado que se refiere a dos situaciones específicas: el nacido y la persona colectiva que cumplió las formalidades que la norma exige, o sea, lo que ese ordenamiento llama “persona natural” y “persona jurídica”. Aunque en “ambos casos” –expone– se mienta siempre a un mismo ente como es el ser humano (la distinción) nos facilita resolver a nivel formal-normativo la atribución de la categoría de “sujeto de derecho” a diversas manifestaciones de la vida humana no designadas o conocidas en nuestra doctrina o legislación bajo la palabra “persona”. Se refiere al concebido y a las entidades colectivas irregulares, no inscriptas³⁶.

Debo adelantar aquí que, en mi opinión, de todos modos se mantiene el actual interrogante, puesto que de lo que se trata ahora es de redefinir qué se entiende por “concebido” y por “concepción”. Como luego desarrollaré, es la mera unión de los dos gametos –masculino y femenino–, ¿o requiere una etapa posterior de configuración cierta, subsistente en uno e individual del conjunto celular formado?

VIII. La nueva perspectiva que proviene de los descubrimientos biológicos

Las indagaciones de los científicos, han puesto luz en gran parte de los procesos orgánicos de la fecundación y del desarrollo del fenómeno celular que de ella provienen. Los logros de biogenética humana tienen trascendencia indudable sobre las definiciones y regulaciones jurídicas, escapándose a partir de ellos toda previsión y dejando a la vista un peligroso vacío insuperable que no llenan los viejos moldes conceptuales. No obstante el horizonte completamente diverso, del proceso generatriz y de la evolución posterior en la conformación del feto, al que se atenían aquellas reglas civiles, las legislaciones, en general, con pocas excepciones, se vienen desentendiendo de la revolucionaria demostración de lo que es, cómo se produce y

³⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*, Studium, Lima, 3ª ed., 1988, p. 26 y ss., y p. 246 y siguientes.

en qué medida se desenvuelve, pero, aun peor, de los sistemas de fecundación inventados. Por otro lado, esas avanzadas del conocimiento de la reproducción, tuvieron su principal empuje médicamente en los ensayos de fecundación exterior o extracorporal (especialmente con la llamada *in vitro*), y se extendió en el mundo su práctica y sus resultados positivos para superar la infertilidad, por lo que el retraso jurídico es inmerecido y grave.

En efecto, en 1986 un informe de Rodríguez Luño y López Mondejar, citado y transcrito por Soto Lamadrid, mostraba estadísticamente la difusión y gran cantidad de casos que por entonces, hace más de cinco años, se produjeron. Sólo respecto de la inseminación artificial heteróloga –con semen u óvulo, o ambos a la vez, que no son de la pareja– se indicó: “en 1977 se dieron 2.396 casos en Gran Bretaña; 1.800 en Francia en 1978; 25.000 en Estados Unidos en 1979. En la actualidad se registran unas 10.000 peticiones anuales en los Estados Unidos y unas 2.500 en Francia”. Existen en el mundo más de 250.000 niños nacidos por ese procedimiento³⁷.

En América Latina, aunque con mayor lentitud, también se extiende el método para evitar la esterilidad de alguno de los miembros de la pareja o de ambos a la vez. Así en Brasil, se hace la fecundación humana por medio de *pellets*; hay banco para inseminación artificial, y se utiliza semen del marido o de donante³⁸. Ha observado Antonio Chaves, que de hecho se admite la inseminación heteróloga en varios países y ya se cuenta con docenas de millares de “hijos de probetas”, lo que levanta problemas ni siquiera imaginables en tiempos pasados. Estas técnicas, como la de trasplantes de órganos, “presentan nuevos y cruciales problemas, obligando a revisar muchos conceptos”. Señaló que desde que el médico inglés John Hunter realizó por primera vez, en 1790, una fecundación artificial en una mujer; desde que se tornó práctica común en diversos países del mundo, el médico italiano Mantegazza propuso, en 1866, la creación de un banco de semen, hablándose también ahora de un banco de embriones. Se percibe cómo se han “alterado profundamente los conceptos de paternidad y maternidad biológica”. Al no existir legislación que regule tales eventos, es necesaria una apreciación formal del derecho –sostiene Chaves– para los fines de la armonización social. Se pregunta si el embrión congelado fuera del útero no sería considerado jurídicamente un *nasciturus*: ¿cuál sería su condición jurídica? Se ha defendido la idea de una nueva modalidad de adopción: la de un *pre-nasciturus*, todavía en la fase embrionaria³⁹.

En Bogotá, Colombia, existe banco de semen dirigido por el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad. En 1979 vino allí al mundo el primer hijo producto de inseminación heteróloga y, en 1981, se calculaban 800 seres con ese origen⁴⁰.

En Venezuela, la concepción artificial homóloga y heteróloga se realiza desde hace algunos años. La prensa local con frecuencia publica avisos relativos al funcio-

³⁷ Soto Lamadrid, Miguel Á., *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho*, Bs. As., Astrea, 1990, p. 27.

³⁸ Soto Lamadrid, Miguel Á., *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho*, p. 28 y 29.

³⁹ Chaves, Antonio, *Direito a vida e ao proprio corpo*, “Rev. Dos Tribunais”, São Paulo, 1986, p. 27 a 29.

⁴⁰ Soto Lamadrid, Miguel Á., *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho*, p. 29 y su cita de Sanquino Madariaga.

namiento de bancos de esperma, y las solicitudes a estudiantes, preferentemente de medicina, para que se sometían a las entrevistas de rigor. Más de 900 embarazos por inseminación en 10 años de trabajo, denunció en enero de 1989, el Centro Venezolano de Fertilidad y Esterilidad. Los primeros ensayos de FIV datan de 1985. A partir de 1986 se ha empleado la transferencia intratubaria de gametos (GIFT). Varios equipos, que se someten a reglas internacionales, realizan las experiencias y, en agosto de 1989, uno de ellos informó haber traído al mundo 45 niños⁴¹.

Como bien se ve de la muestra efectuada, que ya tiene retraso en 1991, no escapa Latinoamérica al problema. Sí, en cambio, se muestra cerrada a una inteligente consideración para dar salida a tantos dilemas, empezando por el de la caracterización de la persona, su encuadre filiatorio, la licitud o ilicitud de los sistemas.

Para formar criterio, vuelvo a la exposición del principio de este trabajo –anacronismo de los conceptos– confrontados con la realidad de lo presente. Nuestros códigos sólo atendían al hecho natural de la fecundación *en el seno materno*; enfocaban un proceso orgánico lleno de incógnitas y de ignorancias, cuando no basado en errores; misterioso y oculto. Acudían, pues, a aproximaciones inductivas y a presunciones temporales hoy, para los métodos extracorporales, por entero inaplicables. La entidad de la persona debía, pues, establecerse bajo *conditio juris*, con el manejo de ficciones, o bien, de artificios conceptuales de la lengua. Frente a estos otros resultados y sistemas, no resulta posible aplicar la analogía de esas soluciones que proponen algunos autores sin mayor meditación⁴². Es que no se está frente a meras relaciones de carácter patrimonial, a hechos y actos manejables por amplitud y con el adagio del *mutatis mutandi*; tampoco hay razones semejantes en estos casos frente a los antecedentes tenidos en mira por la ley vigente; se presentan diferencias diametrales: en la fecundación extracorpórea sale a la luz el momento exacto de la conjunción de los gametos, su verdadera constitución celular y la proyección formativa hasta el parto ¿cómo es posible aceptar las presunciones temporales de algo concreto y comprobado? establecer el concepto sobre la base de una concepción inducida, frente a una concepción programada y dada a luz en toda su trayectoria?

Quizá, para la fecundación y concepción natural en el seno materno, mantengan bases de sustento las normativas de nuestros códigos, en sus diferentes líneas (persona al nacer; persona concebida bajo condición suspensiva; o bajo condición resolutive; plazos máximos y mínimos y presunciones a favor del *conceptus*, a la espera del nacimiento a contar hacia atrás). Pero el método extracorporal engarza en un panorama que no permite siquiera la comparación, tanto para fijar el comienzo de su personalidad, como su formación y sus vicisitudes. Desde ya que no renuncio a la filosofía que hace más de 20 años expuse, en defensa de la vida y de la dignidad del *nasciturus*, más por ello mismo, tampoco podría cerrar los ojos a la nueva perspectiva, hecho social incontrovertible que, además, asienta por valoración ética

⁴¹ Leon, Augusto C. - López Herrera, Francisco, *Las nuevas formas de originar la vida a la luz de la ética y del Código Civil de Venezuela*, Academia Nacional de Medicina, Caracas, 1989, p. 40 y siguientes.

⁴² Chiapero de Bas, Silvana M. - Tagle de Marrama, Victoria M., *La protección jurídica del embrión*, JA, 1989-IV, p. 878; Sosa, Gualberto L., *El régimen internacional de la filiación y las nuevas técnicas genéticas*, JA, 1989-III, p. 846; Medina, Graciela, *Genética y derecho. Comercialización de óvulos y espermias y personalidad del embrión*, JA, 1989-IV, p. 839; Andorno, Roberto L., *El derecho a la vida: ¿cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro)*, p. 947.

en una serie de avances que pueden ser beneficiosos en sumo grado para la humanidad, aunque también, mal empleados, como ocurre en todos los órdenes, perniciosos para ella. Ha dicho Bossert que no tienen aplicación los arts. 70 y 63 del Código Civil, pues ellos captan la concepción en el seno de la madre (pienso que igual podría decirse de los arts. 1, 2, 361, 362 y correlativos del Código del Perú) y, tampoco, el Pacto de San José de Costa Rica que protege la vida desde la concepción, dado que no sólo fue celebrado en 1969 antes de los nuevos inventos, sino que tampoco se refiere a la unión extracorpórea de los gametos⁴³.

Tres órdenes de progresos dan marco a la importancia de los nuevos métodos, y a la necesidad de no impedir o dificultar los avances de la ciencia⁴⁴:

1) La investigación de Fivet –fecundación en probeta que dio su primer fruto en 1978– ha debido obtener positivos resultados, previa pérdida de innumerables gametos y hasta entonces embriones, o *preembriones*, como los llama la ley española de 1988. Esa experimentación ha hecho progresar el conocimiento de los procesos de reproducción; de los espectaculares mecanismos de la biología celular. Gracias a ella se han adelantado estudios sobre la maduración folicular u ovocitaria y sobre los íntimos desenvolvimientos de la fecundación, como también sobre los primeros estadios de la vida embrionaria. Pero, fundamentalmente para establecer las causas de la infertilidad humana⁴⁵.

De ahí su importancia y la contradicción que significa aprovechar tales logros para anatemizar los progresos a partir de ellos, aplicando los conceptos bioéticos tradicionales. No se puede condenar el descubrimiento científico porque es sin retroceso, pero se condena la aplicación y, particularmente, manejando el pronóstico de la posibilidad de gravísimas desviaciones perjudiciales a la humanidad, que es lo que precisamente debe evitarse con previsiones apropiadas, reconociendo, en cambio, la legitimidad del sistema bien empleado. No me parece razonable ni justo admitir que se descubrió el modo como se produce la fecundación, el proceso desde lo más amorfo y primitivo de las primeras células, y modificar la clásica orientación de animación retardada y los esquemas en que se basó, para armar sobre la base de lo nuevo una concepción ética de animación inmediata o simultánea y combatir, por esa vía, el programa científico de su descubrimiento y de su futuro. Es algo así como deslegitimar el Fivet aprovechándose del Fivet.

2) Los sistemas de fecundación extracorpórea son francamente positivos para resolver el mal de la infertilidad de la pareja. Antes solamente quedaba el camino de la adopción de criatura ajena. Paliativo mucho más imperfecto y conflictivo para aquélla. Los estudios síquicos y orgánicos de los efectos de la infertilidad, demuestran una patología dañosa. Para muchos ser estéril es no realizarse como ser humano; es como si fuera una rama seca que no da frutos⁴⁶. Las soluciones ahora, se rodean de un marco de realidad confortadora en la concepción de los hijos. Se discute si estas fecundaciones extracorpóreas pueden o no admitirse fuera del matrimonio; si basta una pareja estable –solución de la ley española de 1988; del informe

⁴³ Bossert, Gustavo, *Fecundación asistida*, JA, 1988-IV, p. 871.

⁴⁴ Bossert, Gustavo, *Fecundación asistida*, JA, 1988-IV, p. 871.

⁴⁵ Basso, Domingo O. P., *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, p. 255 y 256.

⁴⁶ Soto Lamadrid, Miguel Á., *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho*, p. 3 a 8.

Warnock y de otros instrumentos internacionales como los diversos documentos del Consejo de Europa, el Cahbi de 1984, Estrasburgo 1986 y el Proyecto de Recomendación 88 de 1987, que son contrarios a la extensión de las técnicas a mujeres solas⁴⁷—, pero al margen de este tipo de polémicas, no aparece repelido francamente el sistema que actúa con sus necesidades de aplicación, como la de los preembriones desechables.

3) También son importantes los logros en la cura de muchísimas enfermedades genéticas, que asolan la humanidad desde todos los tiempos. Los avances en ingeniería genética utilizando tecnología DNA recombinante, “abren horizontes completamente nuevos para la medicina y las demás ramas de la biología. En el campo de las ciencias médicas, ya se han obtenido con estos procedimientos resultados positivos para el diseño de nuevos métodos que están siendo utilizados para el diagnóstico, el tratamiento y la prevención de numerosas enfermedades de diversa índole”⁴⁸. Aún cuando el camino está erizado de problemas y por ahora son más los sueños que las realidades, mucho se espera de esas experiencias y también aparecen en el futuro, todavía teórico, verdaderas pesadillas que se deben evitar⁴⁹. Ha dicho Reed E. Pyeritz, de la Universidad Jhon Hopkins de los Estados Unidos: “no existe enfermedad que no tenga alguna base genética excepto la de hacerse aplastar con un camión al atravesar la calle”⁵⁰. Teóricamente —dice Christen— “se podría pensar en corregir los errores de la herencia a partir del óvulo, del embrión o de las células reproductoras. Es lo que se llama la terapia genética germinal, que elimina el error para el enfermo y también para su descendencia”..., pero agrega acerca de los trabajos sobre ratones para combatir el “enanismo”, “sería irrealista por el momento pensar en practicarla con el hombre. Y ello por una razón muy sencilla: es muy poco eficaz. Sólo el 6 por 100 de los embriones manipulados han sobrevivido...”. Aunque, más adelante, por aquello de “por el momento”, sostiene que “a partir de ahora no habrá que temer los aspectos negativos del eugenismo. Se tratará no de una eliminación, sino de una corrección”... “La epopeya de los bebés-probeta”... “la realización de los doctores Steptoe y Edwards se anticipó a todas las decisiones bioéticas. Introdujo humanidad en un hecho consumado. Y a nadie se le ocurre ya realizar esta práctica”... “lo eugenético, o dicho de manera más general la manipulación genética, no es en absoluto una aventura que tenga que estremecer a la humanidad. Por el contrario, constituye una práctica destinada a incrementar la libertad de todos y cada uno”⁵¹.

⁴⁷ Zannoni, Eduardo, A., *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida*, en “Derecho de daños”, Bs. As., La Rocca, 1989, p. 619. Interesante es la noticia de que el grupo de expertos que elaboró el documento Cahbi admitiendo las nuevas técnicas como remedio a la esterilidad para matrimonios y parejas heterosexuales estables, ha recibido un público reconocimiento por parte del Papa Juan Pablo II, el 8/10/88, así como la atención que ese grupo manifestó haber prestado al Documento Vaticano *Donum Vitae*, ver: Hoof, Pedro F., *Procreación artificial y manifestación genética. Comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida*, LL, 1991-A, p. 775.

⁴⁸ Pimentel, Enrique, *Ingeniería genética y medicina*, en “Responsabilidad civil médica”, ponencias presentadas al II Congreso Internacional sobre Responsabilidad Médica de Barquisimeto, Venezuela, 3 al 6 de julio de 1991, t. I, Universidad Centro Occidental, 1991, t. I, p. 309 y siguientes.

⁴⁹ Bains, William, *Ingeniería genética para todos*, tr. Soto Rodríguez, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 255 y siguientes.

⁵⁰ Christen, Yves, *El hombre biocultural. De la molécula a la civilización*, tr. Diez del Corral y Lacascade, Cátedra, Madrid, 1989, p. 189.

⁵¹ Christen, Yves, *El hombre biocultural. De la molécula a la civilización*, p. 188 a 191.

IX. Resultados jurídicos de la nueva perspectiva embrionaria

La demostración científica de la formación del ser humano, revela el siguiente esquema, antes desconocido y oculto:

1) se produce la fusión del ovocito y del espermio, (compenetración de sus pronúcleos) creándose una *célula diploide* (con número normal de cromosomas par en el doble juego de gametos), dotada de capacidad de subdividirse reiteradamente;

1') pero antes de esa compenetración, como explicó el doctor Bossert, a través del microscopio se puede observar que los dos pronúcleos están perfectamente diferenciados, y, durante un lapso de entre 6 y 12 horas se mantienen separados, aunque aproximándose, hasta encontrarse. Sólo al producirse el encuentro es el proceso de fusión, o sea, la llamada "singamia" en que se unen los 23 cromosomas femeninos y los 23 masculinos, intercambiando la información genética y formando el código genético único⁵². Por lo que en ese tiempo de horas, todavía ni siquiera hay tal compenetración y código genético diferenciado;

2) comienza la subdivisión celular y pasan a ser 2 – 4 (30 horas) – 8 (60 horas) – 16...;

3) aparece así primero la mórula y después la blástula;

4) en el estado de blastocisto está en condiciones de nidar;

5) ello sólo puede ocurrir en el útero, pues afuera no lo puede hacer;

6) al nidar o fijarse por medio de enzimas y diminutas prolongaciones tentaculares (los *villi*) queda insertado en el útero;

7) a los 15 y 25 días aparece la actividad contráctil;

8) a los 30 comienza el sistema nervioso y el inicio cerebral;

9) a los tres meses la corteza cerebral.

El llamado preembrión, antes de la nidación, lo que ocurre generalmente pasados los primeros 14 días, es una masa de células sin forma humana reconocible; tiene incipientes posibilidades de implantarse y llegar a término, aunque sea transferido al útero. En ese tiempo o fase, todavía es imposible considerar que tiene desarrollo de un individuo, único, indiferenciado, con vida propia autónoma y cierta. Ha dicho Martín D. Farrell, transcripto por Soto Lamadrid, "si tomamos el huevo fertilizado o cigoto inmediatamente después de la concepción (léase a mi juicio, fecundación), es difícil sentirse perturbado por su muerte. El cigoto es una delgada esfera de células; no sería posible que sintiera dolor o fuera consciente de algo. Muchos cigotos fracasan al intentar implantarse en el útero o son expulsados mediante un flujo, sin que la mujer advierta nada impropio, ¿porqué causaría entonces preocupación la remoción deliberada de un cigoto no querido? La respuesta: "porque tiene un código genético único" sonaría singularmente inapropiada. Warren lo dice bien, "la humanidad en sentido genético no es condición suficiente para establecer que un ente es

⁵² Conferencia del doctor Gustavo Bossert sobre "Fecundación asistida", con motivo de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil, organizada por la Universidad de Lima, Perú, 25 al 27 de septiembre de 1991, expuesta el día 26.

persona...⁵³. Inclusive es de toda razonabilidad biológica sostener que antes de la “singamia” (ver *ut supra* 1’), al no haber siquiera fusión y código genético único, parece imposible sostener la idea de la concepción, dado que falla el argumento de la vida genética irrepitable. Aún en el posterior período incipiente ni siquiera es posible saber si hay uno o más individuos, con sus almas diferenciadas. Quizá la teología tomista de la animación retardada, y la subsistencia individual o hipóstasis, tenía bases que pueden ahora renovarse. Como observó Bossert, de uno pueden derivar dos cigotos y de dos pueden fusionarse para formar uno⁵⁴.

Los viejos esquemas éticos y jurídicos que, repito, no conjugan con el fenómeno de la fecundación extracorpórea, se apoyan en el argumento experimental y, aprovechándose del resultado de las investigaciones sobre genes que repudian en sí mismas, sostienen que se ataca la dignidad pues en el cigoto están los datos genéticos potencialmente configurados de la futura persona (habrá que excluir ahora al período anterior a la “singamia”). El razonamiento podría llevar al antecedente del cigoto: los gametos masculino (espermatozoide) y femenino (óvulo) separados, antes o después de la secreción, pues en definitiva ellos prefiguran la posibilidad con sus combinaciones de la unión formativa del catálogo genético irrepitable. Pero lo cierto que en una sola de las múltiples cédulas de un organismo animal, se pueden leer todos los diagramas genéticos propios, así en las de la sangre, de la piel o de la raíz de un pelo. El cigoto es potencial estadístico, base de datos del futuro individuo, pero todavía no es un individuo; no es un ente personificado. Esto se logra con la nidación, cuando ya no son posibles aquéllas combinaciones de dos a uno; con el comienzo del sistema nervioso y del cerebro, en donde se inaugurará la vida sensitiva. Ese embrión es un conglomerado de células indiferenciadas, en el que a veces una sola célula basta para reconstruir el ser entero; es un esbozo, no un individuo⁵⁵.

Se ha dicho que es algo más que un tejido, pero algo menos que una persona como sujeto de derechos. Tendrá en su seno el catálogo de su futuro ser y debe respetarse por su potencialidad, pero no es confundible con el ente persona. No ha desarrollado tales características ni es establecido como individuo en desarrollo, pudiendo no llegar a cumplir nunca su potencial genético⁵⁶.

No solamente habrá, pues, que retroceder un paso en la condición jurídica del por nacer, cuando del cigoto no nidado se trata, y volver a la idea de su despersonalización en ese tiempo de días, colocándolo como en el espectro savigniano entre las meras expectativas, sino que será apropiado repensar la clasificación de los bienes y de los objetos materiales que asume el derecho. Aparece aquí un ente nuevo, que no es técnicamente “cosa”, pero que tampoco es persona. No es dable compararlo a un tejido, ni a una mera secreción del cuerpo, como el semen o el óvulo, que no son materias que se separan produciendo alteraciones corporales en el hombre (tal el caso de la sangre), y que son renovables. Pero tampoco estimarlo una persona o sujeto de derecho.

⁵³ Soto Lamadrid, Miguel Á., *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho*, p. 162; Farrel, Martín D., *La ética del aborto y la eutanasia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985, p. 35.

⁵⁴ Bossert, Gustavo, *Fecundación asistida*, JA, 1988-IV, p. 871.

⁵⁵ Clarke, *Los hijos de la ciencia*, p. 228, cit. por Soto Lamadrid, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho*, p. 163.

⁵⁶ Arson de Glinberg, Gloria H. - Silva Ruiz, Pedro F., *La libertad de procreación*, LLActualidad, 21 y 23 de agosto de 1990; id., *La libertad de procreación*, JA, 1989-IV, p. 875.

Quizá las consecuencias prácticas de esta conclusión deban remitirnos al derecho penal, pues la mera formulación teórica sobre el cigoto y sus empleos y manipulaciones queda en el ambiente de lo abstracto. Así, no es posible considerar un “aborto” por la destrucción del preembrión no implantado. Todos los juristas admiten que este delito requiere en su tipo el embarazo en la mujer, por cuanto se trata de la interrupción de la vida del feto ya implantado. Se diferencia el preembrión del embrión nidado e inclusive, en formación más completa y posterior, el embrión del feto. Asimismo, no es admisible captar un homicidio, que es un delito contra el individuo ya nacido⁵⁷.

Si los tipos penales actuales no tipifican algún delito para la eliminación de cigotos preembrionarios, y si se quiere penalizarlo o evitarlo, lo que, por lo expuesto, no me parece conveniente sino retardatario y fracasó en Alemania y en Italia, habría que considerar la creación original de tipos penales ante el manejo de cigotos, pero, entre tanto, la discusión de su personalidad y el presunto derecho de vida queda en el marco de lo puramente abstracto. Frente a ese marco, se pone de relieve el derecho de libertad de procreación, la intimidad de la decisión procreadora y el respeto a la facultad de disponer la forma de la concepción, al margen de los beneficios generales aquí expuestos, en la evolución progresiva del hombre. Dejando de lado la controversia *puramente* moral, ética o religiosa del fenómeno, que no es lo propio del derecho en su regulación de las relaciones jurídicas, queda abierto a los juristas el planteamiento de todas estas cuestiones, pero lo que no debe esperar es la afirmación y regulación de una actividad crucial en todo sentido para la humanidad.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.

⁵⁷ Soto Lamadrid, Miguel Á, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho*, p. 158 y siguientes; Belluscio, Augusto C., *Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal*, LL, 1978-C, p. 929; Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Bs. As., Astrea, 1983, t. I, p. 60; Mazzinghi, Adolfo, *Breve reflexión sobre la fecundación in vitro*, LL, 1978-C, p. 998.