

Revista
INSERCIÓN

Año II
Vol. II
2017

**¿QUIÉN REPRESENTA AL
CONCEBIDO EXTRAUTERINO?
ENTRE LA TRADICIÓN
Y LA INNOVACIÓN**

Por: Susana Estrada

¿QUIÉN REPRESENTA AL CONCEBIDO EXTRAUTERINO? ENTRE LA TRADICIÓN Y LA INNOVACIÓN

Por: Susana Estrada¹

En aras de la autonomía humana, de la dignidad que exige, de que nos poseamos a nosotros mismos y no nos dejemos poseer por nuestra máquina, tenemos que poner el galope tecnológico bajo el control extratecnológico”

Hans Jonas, “Técnica, medicina y ética, 1997

RESUMEN

La persona del concebido, cualquiera sea el lugar de gestación, será el objeto de análisis en las fuentes romanas, en la legislación argentina, en algunas normas internacionales y fallos recientes de tribunales nacionales, extranjeros e internacionales.

El posicionamiento estará fundado en el respeto absoluto de la vida humana desde su inicio en la concepción, cualquiera sea el lugar en que ésta se produzca, hasta su fin natural, abierto ante las nuevas realidades y alerta frente a todo lo que pueda redundar en detrimento de la dignidad esencial de hombre cuando el desarrollo científico o tecnológico estén vacíos de valores morales.

El abordaje de este tema entraña profundas opciones bioéticas, pues exige el respeto por la autonomía de la persona de los progenitores siempre y cuando en ese ejercicio no se lesione ni se vulneren los derechos del concebido por vía extrauterina, porque el derecho es del niño a nacer y no de los padres a tener un hijo o a no tenerlo, y nunca puede ser invocado poniendo en riesgo la vida o la salud del ser humano más indefenso.

Estas prácticas incitan mas alarma que esperanza porque todo lo técnicamente posible no es, por esa sola razón, éticamente aceptable.

PALABRAS CLAVE: *nasciturus* – representación – avances – ciencia

ABSTRACT

The person conceived, whatever the place of gestation, will be the subject of analysis in the Roman sources in Argentina legislation, international standards and some recent rulings of international courts national, foreign and.

The position will be based on absolute respect for human life from its beginning at conception, whatever the place where it occurs, to its natural end, open to new realities and alert to anything that might be detrimental the essential dignity of man when scientific or technological development are empty of moral values.

Addressing this issue involves profound bioethical options, it requires respect for the autonomy of the person of the parents as long as in this exercise is not injured nor the rights of the unborn child via extrauterine be violated, because the right is the child birth and no parents to have a child or not have it, and can never be invoked putting at risk the life or health of human beings most defenseless.

These practices encourage more alarm than hope because everything technically possible is not for that reason alone, ethically acceptable.

KEYWORDS: *nasciturus* - rendering - progress – science

¹ Abogada, escribana, procuradora. Profesora en Universidad Católica de Santiago del Estero y Universidad Nacional de Tucumán. Investigadora categoría III del SCAIT, Universidad Nacional de Tucumán. Investigadora invitada en proyecto CONICET. Autora de numerosas publicaciones en Derecho Romano, su especialidad en docencia e investigación y en Bioética, especialidad en la que se desempeña activamente desde 1998.

Planteo de la problemática

La persona del concebido, cualquiera sea el lugar de gestación, será el objeto de análisis en las fuentes romanas, en la legislación argentina, en algunas normas internacionales y fallos recientes de tribunales nacionales, extranjeros e internacionales.

Reiterando la postura de anteriores trabajos (Estrada, S., 2008, pp. 151-165, , 2011, pp. 175 – 214; 2013, pp. 59 – 81) el posicionamiento estará fundado en el respeto absoluto de la vida humana desde su inicio en la concepción, cualquiera sea el lugar en que ésta se produzca, hasta su fin natural, abierto a las nuevas realidades, pero al mismo tiempo alerta frente a todo lo que pueda redundar en detrimento de la dignidad esencial de hombre cuando el desarrollo científico o tecnológico estén vacíos de valores morales.

Los problemas que plantea el desarrollo de la tecnología al derecho, son intrincados y espinosos y éste debe estar atento a los cambios y dar respuestas en tiempo oportuno, porque de lo contrario no logrará mantener el control y la paz social.

A lo largo del tiempo la comunidad científica trató de encontrar alternativas a las dificultades por las que atraviesan las parejas a causa de la esterilidad. El súbito avance de la medicina y la biología a partir de la segunda mitad del siglo XX dieron algunas respuestas abriendo nuevos horizontes. De allí que se deban alentar aquellas investigaciones pero respetando la dignidad intrínseca de la persona. Estas prácticas que traen esperanza y entusiasmo para los involucrados en situaciones de infertilidad a la vez incitan alarma e incertidumbre, porque todo lo técnicamente posible no es, por esa sola razón, éticamente aceptable.

El tema entraña profundas opciones bioéticas, pues exige el respeto por la autonomía de los progenitores siempre y cuando en ese ejercicio no se lesione la dignidad, ni se vulneren los derechos del concebido por vía extrauterina, porque no se debe perder de vista una razón primera: el derecho es del niño a nacer y no de los padres a tener un hijo o a no tenerlo.

Si el niño por nacer es persona respecto de la madre no es sólo eso, sino también y fundamentalmente es hijo y esta condición que para los padres entraña derechos pero también deberes, cambia por completo la perspectiva (...) Nadie puede válidamente consentir para que se mate a un ser humano, ni siquiera la madre que no puede decidir sobre una vida que no le pertenece ni aún cuando se encuentre en conflicto con la propia. (Zavala de González, M., 1983, 11)

Se debe orientar el progreso científico hacia una dirección que sea fecunda y benéfica para la humanidad y precisamente de estas noveles prácticas no se tiene tal certeza.

Breve historia de las técnicas de procreación asistida

La necesidad natural de proyectarse a través de sus descendientes llevó a que desde la antigua Grecia y la época imperial romana se comenzara a buscar mecanismos para solucionar el problema de esterilidad. Desde aquellos prístinos tiempos aparecieron intentos de procreación artificial en animales.

En el siglo II d.C. el ortopedista griego Sorano de Efeso a través de la disección humana conoció la posición del útero y aconsejaba ocluirlo con unguento durante la cópula para evitar la concepción, lo que denotaba un conocimiento acerca de los mecanismos de la fecundación humana. Sorano, de la escuela Metódica, sostenía que la embriotomía era una práctica reservada sólo para casos de urgencia, enseñanza de inestimable valor en el campo de la tocoginecología.

Uno de los primeros experimentos tuvo lugar en el siglo XVI cuando Marcelo Malpighi, investigador en histología y anatomía microscópica, experimentó en gusanos de seda. Luego en el siglo XVII el abate Lázaro Spallanzani experimentó en caninos y comenzó las primeras investigaciones sobre el congelamiento de espermatozoides.

En el siglo XIX se comienza a investigar en el ser humano. El primero antecedente data de 1790 cuando Thouret logró remediar la infertilidad de su mujer inyectándole líquido seminal propio. Luego los científicos Hunter en 1864 y Marion Sims en 1866 llevaron a cabo inseminaciones artificiales homólogas. Este último realizó cincuenta y cinco inseminaciones en seis mujeres, obteniendo como resultado un solo embarazo abortado, lo que se mantuvo en secreto por aquellas épocas. En 1884 Panscoast hizo la primera inseminación heteróloga y a partir de ese momento el método despegó en la práctica y en la literatura médica. En 1886 Mantegazza propuso la creación de bancos de semen congelado y en 1887 Dickinson practicó la primera inseminación artificial con semen de donante. (Sgreccia, E., 1996, pp. 399-400).

Sin embargo las experiencias en el campo de la fecundación *in vitro* en seres humanos comenzaron en el siglo XX. En 1961 Petrucci, en la Universidad de Bolonia, logró el desarrollo de embriones en un plazo de sesenta días. En 1972 Pierre Soupar en la Universidad de Vanderbilt fertilizó un óvulo humano *in vitro*, lo que generó encendidas reacciones. Finalmente en Inglaterra el 25 de julio de 1978 el médico Patrick Steptoe y el embriólogo Robert Edwards lograron el nacimiento de Louise Brown, conocida como el primer “bebé de probeta”, acontecimiento que causó estupor.

En 1984 en Canadá se lograron nacimientos de niños de madres biológicas distintas de las madres portadoras. En 1985 en Australia se dio el caso de una mujer inseminada artificialmente con semen congelado de su marido fallecido, siendo el primer caso de un nacimiento cuyo embrión había sido previamente congelado. Por esa época tuvieron lugar los primeros casos de alquiler de vientre.

En Argentina el método de fecundación asistida fue puesto en práctica en 1986 con el primer nacimiento de los mellizos Eliana y Pablo Delaporte con la intervención del equipo médico de Roberto Nicholson.

Estas nuevas prácticas generaron las más encendidas reacciones, aunque marcaron un nuevo rumbo sin retorno en las investigaciones científicas, no sin reconocer los profundos cuestionamientos de orden bioético que entrañan. A pesar de ello en 1984 se calculaba que nacían tres niños por día mediante dichas técnicas.

Si bien de esta reseña surgen las invenciones logradas en el ámbito científico y tecnológico, resulta imperioso que el derecho las regule a fin de mantenerlas en el campo de lo ético y de lo lícito y evitar desvíos que las conviertan en prácticas reñidas con el derecho natural que pongan en peligro la supervivencia de la especie humana.

El *nasciturus* en las fuentes romanas

Hay innumerables normas en las fuentes romanas que puedan servir de guía a pesar de la distancia temporal.

En Roma desde tiempo inmemorial las presunciones de paternidad: *pater est quem nuptiae demonstrant* y de maternidad: *maxim mater est quam gestatio demonstrant*, que generaban certeza basadas en un principio de exclusividad, hoy han sido desplazadas por presunciones derivadas de prácticas que crean incerteza.

El medio natural por el cual se ingresaba bajo la potestad del *pater* y por ende se adquiría la condición de miembro de la familia para los ciudadanos romanos era el nacimiento derivado de las *iustae nuptiae*, y así lo dice Gayo en las *Institutas* “*Item in potestate nostrasunt liberi nostri quos ex iustis nuptiis procreaverimus; (...) También están bajo nuestra potestad nuestros hijos, que hubiéremos procreado de justas nupcias; (...)*”. (García del Corral, I., 1892, Dig. 1, 6, 3).

Los principales efectos derivados de ese *iustum matrimonium* respecto de los hijos eran las relaciones de paternidad y filiación que generaban un vínculo entre el engendrado y su progenitor del que provenían ciertas consecuencias jurídicas como otorgar los derechos inherentes a la

paternidad, solicitar alimentos, representación en juicio, ser heredero, etc. Refiere Mainz al respecto (1892, tomo III, p. 97) que:

Marco Aurelio creó registros de estado civil, ordenando que todo padre debía declarar dentro de los treinta días el nacimiento de sus hijos ante los *praefecti aerarii Saturni* en Roma y ante los *tabularii publici* en las provincias. (...) Pero las fuentes no las mencionan, ya que en los pasajes que se encuentra la locución “[...] *declarte ad acta*” tiene una significación más genérica, refiriéndose, no sólo a las declaraciones de nacimientos sino a toda especie de declaraciones.

Sobre lo que no dudaron los romanos era respecto de la maternidad, incluso cuando se tratase de los hijos vulgos o naturales. La determinación de la maternidad era comprobada por si misma y quedaba constatada en el momento mismo del nacimiento pues la madre siempre era cierta, de ahí el principio sentado por Paulo. Y digo era, pues ahora con las técnicas de fecundación asistida este principio viene a desvirtuarse. La maternidad resultaba incuestionable, tal surge de un pasaje de Paulo en el Digesto.

(...) sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit, (...)

*Paulus libro IV ad edictum.- (...) **quia semper certa est**, [negrita añadida] *etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.**

(...) aunque haya nacido del vulgono citará el hijo a juicio a su madre, (...)

Paulo; Comentarios al Edicto, libro IV.- (...) porque siempre es cierta, aunque hubiere concebido del vulgo; pero padre es el que demuestran las nupcias. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 2, 4, 4, 3 ; 2, 4, 5).

En cambio la determinación de la paternidad no podía ser comprobada por si misma sino por el matrimonio. Para dar certeza al instante de la procreación dentro del matrimonio en la legislación romana desde los inicios del derecho escrito en las XII Tablas, existía una disposición que fijaba en diez meses el mayor término de duración de la gestación y rehusaba la legitimidad del hijo nacido al décimo primer mes. No obstante la obligatoriedad de dicha norma, Aulo Gelio cuenta en *Noches Aticas* (2007, III, 16) que el emperador Adriano declaró legítimo a un niño nacido en el undécimo mes después de la muerte del marido de una *femina bonis atque honestis moribu, non ambigua pudicitia*.

Respecto a la legitimidad dice Paulo en el Digesto que todo hijo nacido entre el principio del séptimo mes después de la celebración y el fin del décimo mes después de su disolución, era legítimo y se presumía que era el marido el padre del hijo.

Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis ; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est iustum filium ess.

Está ya recibido por razón de la autoridad de doctísimo varón Hipócrates, que el nacer al séptimo mes es parto perfecto; y por eso se ha de creer, que el que de justas nupcias nació al séptimo mes, es hijo legítimo.(García del Corral, I., 1892 , Dig.1, 5, 12).

Esta presunción de legitimidad del hijo respecto del padre era una prueba acabada del reconocimiento de la existencia del *nasciturus*. Una de las primeras manifestaciones de ello germina con la creación del *curator ventris* para administrar todo lo inherente al *nasciturus* más allá de lo estrictamente patrimonial.

“Modestinus libro VII Differentiarum.- Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest, (...).

Modestino; Diferencias libro VII.- No puede darse por los magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador,(...)”. (García del Corral, I., 1892, Dig.26, 5, 20. pr).

Ulpiano en comentarios al Edicto le otorga entidad al *nasciturus* en el Digesto en el siguiente pasaje:

Non est ambigendum, quod plerumque et contra fiscum, et contra Rempublicam admitti debeant quidam, utputa venter, item furiosus, (...).

No se ha de dudar que muchas veces deban ser admitidos algunos aun contra el fisco y contra la república, por ejemplo, el vientre, y también el furioso (...). (García del Corral, I., 1892, Dig. 37, 1, 12).

Pocas veces resulta tan claro el reconocimiento del *nasciturus* como en el texto de Gayo referido a los alimentos que el *curator ventris* debe establecer para la mujer, aunque ella tenga una dote con la que sustentarse.

Gaius, libro XIV, ad Edictum provinciale. Curator ventris alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur, quae ita praestantur, ipsi praestari, qui in utero est.

Gayo, comentarios al Edicto provincial, libro XIV.- El curador del que está en el claustro materno debe fijar los alimentos para la mujer, y no hace al caso que tenga dote con la que ella pueda sustentarse, porque se considera que los que en este caso se presta, se les prestan al mismo que está en el claustro materno. (García del Corral, I., Dig. 37, 9, 5, §).

Si bien a partir de la época del Bajo Imperio y por influencia del cristianismo se atribuyó automáticamente la paternidad de los niños nacidos en el matrimonio al marido de la madre por

aplicación de la fórmula consagrada por Paulo, también el *Corpus* instituyó tal presunción de legitimidad del hijo respecto del padre como una presunción *iuris tantum* pues el marido podía destruirla justificando la imposibilidad material de cohabitar con su mujer o su imposibilidad física para la unión carnal, conforme se expresa en el siguiente pasaje, categóricamente.

Idem libro IX ad Sabinum.- Filium eum definimos, qui ex viro et uxore eius naitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia perb decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium (...). Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate intervenire vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fiut, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

El mismo; comentarios a Sabino, libro IX.- Definimos que es hijo aquel que nace del marido y de su mujer. Pero si supiéramos que el marido estuvo ausente, por ejemplo diez años, y que después que volvió encontró en su casa un niño de un año, nos place el parecer de Juliano, de que éste no es hijo del marido (...). Pero me parece, y lo aprueba también Scaévola, que, si constare que el marido no yacía por algún tiempo con su mujer por razón de enfermedad o por otra causa, o que si el padre de familia tuvo tal enfermedad que no pudiera engendrar, este que nació en su casa, aunque lo sepan los vecinos, no es hijo suyo. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 1, 6, 6)

Como la presunción legal admitía prueba en contrario, el marido podía desconocer la paternidad de un hijo, aun cuando hubiere nacido en el tiempo estipulado según el saber de Hipócrates. En tal supuesto el derecho pretorio para asegurar el estado y los derechos del hijo, concedió a la madre una acción prejudicial de reconocimiento, la *actio de partu agnoscendo* mediante la cual el senadoconsulto Plauciano, de época de Vespaciano, en su segunda parte ordenaba a la mujer embarazada divorciada, notificar a su marido de tal condición dentro de los treinta días siguientes al divorcio, a fin de que controlara el curso del embarazo bajo pena de dar por reconocida la paternidad, dice Paulo en sus Sentencias:

Si mulier diuortio facto grauidam se sciat, intra tricensimum diem uiro denuntiare debet uel patri eius, ut ad uentrem inspiciendum obseruandumque custodes mittant: quo omissio partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere.

Si una mujer, efectuado el divorcio, sabe que está embarazada, debe notificarlo al marido o al padre de éste en el espacio de treinta días para que envíen guardianes a examinar y observar el vientre, omitido esto, están obligados a reconocer totalmente al recién nacido de la mujer. (Irigoyen Troconis, M. P., 1994, P. S. XXIV, 5)

Así es que se estableció - pareciera que por una disposición imperial - el derecho del marido de hacer examinar el vientre de la mujer mediante las comadronas. A los efectos de comprobar la certeza de la gravidez, en el derecho clásico la manera que se adoptaba en la práctica era la de nombrar *iudex* a un experto en la materia, de manera que era juez y perito a la vez.

Quienes cumplían con este rol eran las parteras en las acciones de estado y de sucesión. Y para el caso en que éstas sustituyeran fraudulentamente a un recién nacido (*partus suppositus*) se estableció para ellas la pena máxima.

Si mulier se ex uiro praegnantem neget, permittitur marito uentrem inspiceret et uentri custodes dare.

Venter inspicitur per quinque obstetrices, et quod maxima pars earum denuntiauerit, pro uero habetur.

Obstetricem, quae partum alienum attulit, ut supponi possit, summo supplicio adfici placuit.

Necare uidetur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abiicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.

Si una mujer niega estar embarazada del marido, está permitido al marido examinar el vientre y proporcionar guardianes para el vientre.

El vientre es examinado por cinco parteras y lo que la mayoría de ellas haya notificado se tiene por verdadero.

Se tuvo a bien, que la partera que se lleva a un recién nacido ajeno para poder sustituirlo, sea castigada con la pena de muerte.

Se entiende que mata no sólo el que ahoga al recién nacido, sino también el que lo abandona y el que le niega los alimentos y el que lo expone en lugares públicos por causa de una misericordia que él mismo no tiene. (Irigoyen Troconis, M. P., 1994, P. S. XXIV 7, 8, 9, 10).

Este último pasaje que también se encuentra en Digesto 25, 3, 4 se aplica a cualquiera que atenta contra la vida del recién nacido, sea la partera, la madre, el padre o cualesquiera otros. Adviértase que se equipara la muerte, al abandono o la exposición en lugares públicos. Entendemos que esta causal podría aplicarse por analogía a los que en la actualidad nacen por procedimiento de fecundación asistida y son abandonados o expuestos en los bancos de fertilización.

Un senadoconsulto de época de Adriano extendió estas disposiciones para el caso de disolución del matrimonio por muerte del marido, en cuyo caso la mujer debía comunicar el embarazo al *pater familias* del marido bajo la potestad del cual debía caer el hijo que había de nacer. En caso contrario ésta perdía el derecho de intentar la *actio de partu agnoscendo*. Dice Ulpiano en el Digesto:

Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, aliud Senatusconsultum temporibus Divi Hadriani factum est, ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de adnoscendo eo agatur.

Como el Senadoconsulto Planciano se refiere a los partos que son dados a luz después del divorcio, se hizo en tiempos del Divino Adriano otro Senadoconsulto, para que

también si el parto hubiera sido dado a luz durante el matrimonio, se proceda respecto a su reconocimiento. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 25, 3, 3, 1)

En este supuesto el título IV del libro XXV del Digesto “de la inspección del vientre y la custodia del parto” (*de inspiciendo ventre*) regula con minuciosidad todos los recaudos que se debía tomar para el caso del nacimiento luego del fallecimiento del padre. En ese caso cumplían un rol trascendente las matronas a los efectos de certificar el producto del parto y asegurar la paternidad de ese hijo para asignársela al marido premuerto.

(...) Si mulier mortuo marito praegnantem se essedicet, his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive forum bis in mense denutiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque, haeque simul omnes inspicient, dum ne qua earum dum inspicit, invita muliere ventrem tangat. (...). Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his, ab quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus; si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante hostium eius conclavis liberi tres, et tres liberae cum binis comitibus custodiant. Quotienscumque ea mulier in id conclave aliunde quod, sive in balineum ibit custodes, si volent, id ante prospiciant, et eos, qui introierint, escutiant; (...). Mulier, cum parturire incipiat, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint, quam decem, ancillae, quam sex. Hae quae intus futurae erunt, escutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnant sit. Tria lumina, ne minus ibi sint, scilicet quia tenebrae ad subiiciendum aptiores sunt. Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspiciere volent, ostendatur. (...).

(...) Si, muerto su marido, dijere la mujer que está embarazada, cuide de hacérselo saber dos veces al mes a aquellos a quienes les interesara la cosa, o al procurador de ellos, para que envíen si quisieran, quienes inspeccionen el vientre. Mas envíense solamente cinco mujeres libres, e inspecciónenlo todas estas al mismo tiempo, con tal que ninguna de ellas toque el vientre contra la voluntad de la mujer, mientras lo inspecciona. (...) Treinta días antes que la mujer crea que ha de parir, hágalo saber a quienes les interesa la cosa, o a sus procuradores, para que envíen, si quisieran, quienes custodien el vientre. En la habitación en que la mujer haya de parir no haya más entradas que una; y si las hubiere, clávense con tablas por ambas partes. Hagan la guardia delante de la puerta de aquella habitación tres hombres libres y tres mujeres libres con dos acompañantes. Siempre que la mujer fuere a aquella habitación o a otra cualquiera, o la del baño, examínenla antes los guardias, si quisieran, y registren a los que en ella entraren; (...). Cuando la mujer comience a parir, hágalo saber a quienes les interesa la cosa, o a sus procuradores para que envíen personas en cuya presencia para. Envíense solo cinco mujeres libres, de suerte que además de dos parteras no haya en aquella habitación más mujeres libres que diez, ni más esclavas que seis. Sean registradas en la habitación todas las que hubieren de estar dentro, no sea que alguna esté embarazada. Haya allí tres luces y no menos, a saber, porque la oscuridad es más a propósito para la suposición de un parto. Muéstrese lo que naciere a quienes les interesa la cosa o a sus procuradores, si quisieran inspeccionarlo (...). (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 25, 4, 10)

Tales recaudos se consideraron imprescindibles, más con razón para el supuesto de que la mujer contrajera nuevas nupcias antes del plazo de prohibición fijado. Al respecto dijeron los emperadores augustos Graciano, Valentiniano y Teodosio dirigiéndose a Eutropio, prefecto del Pretorio:

Idem AAA. Eutropio P. P.- Si qua ex feminis perduto marito intra anni spatium alteri festinaverit nubere parvum (...), probrosis inusta notis, honestioris novilisque personae et decore et iure privetur, atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsalium vel indicio defuncti coniungis consecuta fuerat, amittat. (...).

“Los mismos Augustos a Eutropio, Prefecto del Pretorio.- Si alguna mujer , habiendo perdido a su marido, se hubiere apresurado a casarse con otro dentro del término de un año, (...), tachada con afrentosas notas, sea privada de la consideración y del derecho de persona honesta y noble, y pierda todo lo que de los bienes del primer marido había conseguido o por derecho de esponsales o por última voluntad del cónyuge difunto.(...).(García del Corral, I., 1892, *Cod.* 5, 9, 2)

La custodia del parto se concedía aún cuando se tratase de un esclavo, en reconocimiento del *nasciturus* y con la finalidad de prevenir la suposición de partos.

(...) si servís heres institus fuerit, si nemo natus sit, Aristo scribit, hic quoque servuo, quamvis non omnia, quaedam tamen circa Jartum custodiendum arbitrio Praetoris esse concedenda. (...)

(...) si hubiere sido instituido heredero un esclavo, si nadie hubiere nacido, escribe Aristón, que asimismo en este caso se le ha de conceder al esclavo, a arbitrio del Pretor, aunque no todo, algo, sin embargo, respecto a la custodia del parto. (...)(García del Corral, I., 1892, *Dig.* 25, 4, 1, 13)

Así como la madre pudo entablar una acción de reconocimiento en virtud del senadoconsulto Plauciano, el hijo también podía exigir el reconocimiento de la paternidad, aun cuando el padre hubiera fallecido, mediante la *actio de liberis agnoscendo* que sólo tenía el alcance de imponer al padre la obligación de prestar alimentos, pero no le reconocía al hijo accionante los derechos inherentes a la paternidad, ni le impedía al abuelo negarle ulteriormente la calidad de hijo de familia. Ulpiano se pregunta:

Quid ergo, si quis post mortem patris nascatur avo superstite, in cuius potestate recasurus est, ut si ex filio eius susceptus probetur ? Videndum, quid dici debeat ; et certe probandum est, cum avo praeiudicium de partu agnoscendo similiter agendum.

¿Que se dirá, pues, si alguno naciera después de la muerte de su padre, sobreviviendo su abuelo bajo cuya potestad ha de recaer; que se haya de probar que fue habido de su hijo? Se ha de ver, qué deberá decirse; y ciertamente se ha de aprobar, que del mismo

modo se ha de ventilar con el abuelo la cuestión prejudicial sobre el reconocimiento del parto. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 25, 3, 3, 2)

En la misma dirección protectoria de la persona por nacer en materia sucesoria el pretor regulaba las medidas que debía tomar la viuda encinta respecto de las personas que pretendieran ser herederos del marido premuerto y le otorgó el derecho a obtener a favor del hijo por nacer, una posesión provisional de los bienes del difunto, mediante la *bonorum possessio ventris nomine*.

Ulpianus libro XVI ad Edictum.- Sicuti liberorum forum, qui iam in rebus humanis sunt curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.

Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XVI.-Así como el Pretor cuidó de los descendientes que habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, los que todavía no habían nacido; porque también los amparó en esta parte del Edicto, poniendo al que está en el claustro materno en posesión en lugar de darle la posesión de los bienes contra el testamento. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 37, 9, 1, pr)

Para el caso de que el hijo del marido premuerto fuese impúber y otros herederos testamentarios o *ab intestato* le negaran la calidad de heredero y disputaran la herencia, se le otorgó mediante el edicto la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* hasta la edad de la pubertad.

Ulpianus libro XLI, ad Edictum.- Si cui controversia fiet, an inter liberos, sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac sinulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

Ulpiano ; Comentarios al Edicto, libro XLI.- Si a alguno se le promoviera controversia sobre si es del número de los descendientes, y fuera impúbero, se le da la posesión con conocimiento de causa lo mismo que si no hubiese controversia alguna sobre este punto y se difiere con conocimiento de causa el juicio para el tiempo de la pubertad. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 37, 10, 1).

El pretor equiparó la protección del impúber con la del *nasciturus* en materia de posesión de los bienes y consideró mas justificada la posesión para este último, no sólo por el derecho de la familia sino más aún por el derecho de la República.

Et generaliter, ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero Praetor dare solitus est, ex iisdem causis ventri quoque subnienere Praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus, quam pueri; artui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur; partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam Reipublicae nascitur.

Y en general no dudamos que por las mismas causas por las que el Pretor solió dar al impúbero la posesión Carboniana de los bienes, debe auxiliar el Pretor al que está en el claustro materno, con tanta más razón cuanto que es más digna de favor la causa del feto que la del impúbero; porque al feto se le favorece para esto, para que sea dado a luz, y al impúbero para que sea introducido en la familia; pues ha de ser alimentado este feto, que nace no solamente para el padre, de quien se dice que es, sino también para la República. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 37, 9, 1, 15)

En materia testamentaria, en la desheredación también se reguló lo inherente al *nasciturus* para que no quedaran dudas al respecto.

Nominatam autem exheredatus postumus videtur, sive ita dixerit: "quicumque mihi nasceretur", sive ita: "ex Seia", sive ita: "venter exheres esto"; sed et si dixerit: "postumus exheres esto", natus vel post mortem, vel vivo testatore non rumpet.

Más se considera que el póstumo fue desheredado nominalmente, si el testador hubiere dicho así: "cualquiera que me naciese", o así: "de Seya", o así: "el que está en el vientre sea desheredado"; pero también si hubiera dicho: "el póstumo sea desheredado"; el que nació o después de la muerte, o viviendo el testador, no romperá el testamento. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 28, 3, 3, 5)

Los textos transcritos, seleccionados de entre otros muchos de las fuentes, evidencian que tanto la legislación como la conciencia jurídica romana concebía a la persona por nacer como un ser independiente de la madre y merecedor de protección legal. De los pasajes en cita de las fuentes, puede advertirse la agudeza puesta de manifiesto por los romanos desde la más temprana época para proteger la vida desde el primer instante, para dar la mayor certeza a la paternidad, para evitar la sustitución del nacido, para poner a resguardo los bienes que por sucesión pudieran corresponderle al concebido, aún en el caso de que se hubiera tratado de un esclavo. Resguardaron sobre todo el derecho a la identidad del concebido con la inspección del vientre y custodia del parto, pero no descuidaron el aspecto patrimonial. Estaba minuciosamente reglada la misión de las comadronas en amparo de la identidad del concebido tomándose todos los recaudos, tal surge deparágrafo del Digesto transcripto. La preservación de la persona por nacer hacía al interés público que significaba para la República el nacimiento de un nuevo ser.

Hoy estas circunstancias han sido superadas con el examen de ADN que sustenta la identidad del concebido y a medida que éste se desarrolla va incrementando la posibilidad de distinguir inequívocamente la procedencia de una muestra, incluso cuando los potenciales donantes son gemelos monocigóticos gracias a la acumulación diferencial de mutaciones, aunque existen limitaciones, pues para ello se necesitará investigar al individuo en estudio y al/los supuestos progenitores. Utilizando los marcadores adecuados en calidad y cantidad, se podrá alcanzar una

certeza del 100% en las exclusiones, y del 99,99% en las inclusiones. Pero dicho método no resultará satisfactorio cuando se produzcan errores o fraude en la identidad de los embriones; en el mejor de los casos el protocolo de la cadena de custodia permitirá identificar al responsable. (Universidad Nacional del Nordeste, 2011).

Los romanos perfeccionaron una legislación tutiva para el concebido en el seno materno que no dejó ningún aspecto sin cubrir. Seguramente su pragmatismo evidenciado en esta detallada regulación plasmada en el *Corpus Iuris Civilis* para el concebido en el seno materno, no hubiera permitido la sanción de las leyes que sin solución de continuidad atentan contra la vida y ponen en duda la verdadera identidad del concebido fuera del seno materno. Eh aquí algunos interrogantes ¿en los procedimientos legalizados por la ley 26862 quién cumplirá el rol - que tan acabadamente cumplían las matronas romanas- para asegurar la legítima unión de los gametos, la transferencia de los mismos al útero de la mujer que corresponda, la implantación del embrión en el vientre de la mujer a quien pertenece el mismo, la identidad de los embriones que yacen en los bancos de fertilización, la paternidad y la maternidad de esos hijos?

Atendiendo a las circunstancias propias de la organización social, se tenía mayor sigilo para determinar la paternidad teniendo en cuenta el incipiente o nulo desarrollo de la ciencia. Como se infiere de los textos transcritos, los medios probatorios igualmente eran rudimentarios, y en consecuencia resultaba lógico que los romanos sólo encontraran como absolutamente certera la maternidad a diferencia de la paternidad, prevaleciendo en todo caso que el parto era la prueba idónea para determinar la maternidad. Va de suyo entonces que los jurisconsultos romanos fieles a su estilo pragmático y realista, se centraron en el hecho biológico incontrastable y empírico del nacimiento. Pero no sin reconocer que el *nasciturus* realmente existía y como tal gozaba de los beneficios que podía recibir. De ahí la regla enunciada por Gayo que enfatizaba: al concebido se lo tiene por ya nacido, dejando atrás el principio que formulaba que la persona de existencia física se inicia con el “nacimiento” y, remplazándolo por el de la “concepción”. Entre los tratadistas modernos que también se enrolan en la misma doctrina, se encuentra el destacado romanista italiano Catalano, P., (1990, pp.167-169 y 1997, p. 234) que rechazando la teoría de la ficción, sostiene “(...) que no tiene origen latino sino que es creación de la pandectística postsavigniana y postula la equivalencia ontológica entre el concebido y el ya nacido, lo que se encuentra plasmado en el libro I título V (*De status hominum*) y guarda analogía con el libro L título XVI (*De verborum significatione*)”.

El estatuto ontológico del embrión extrauterino, basamento para la regulación jurídica

La fecundación es un proceso continuo que se produce desde que el espermatozoide entra en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los dos pronúcleos de los gametos de los padres los que forman el cigoto, una nueva entidad biológica que no es la del padre ni la de la madre sino la de un nuevo ser que se desarrolla por sí mismo. Desde ese instante el embrión, que posee un componente genético único es exactamente el mismo que va a existir después, por lo tanto se trata de un ‘otro’, una persona en acto y no en potencia. Y para la protección legal tanto civil como penal no interesa el grado de evolución del embrión ya sea que el óvulo esté recién fecundado o lleve varias semanas o meses de evolución, ni el lugar en que haya sido fertilizado. Esta misma postura respecto a la naturaleza del embrión es la que indirectamente reconocieron las fuentes romanas porque si bien al *naciturus* engendrado en el seno materno no le otorgaron personalidad jurídica sino después del nacimiento, la legislación romana lo reconoció como tal al designarle el *curator ventris* para que velara por sus derechos sucesorios, al determinar su carácter de hijo legítimo o libre o ciudadano cuando la madre hubiere perdido entre ambos momentos la libertad o la ciudadanía o también para ejecutar la pena capital sobre la madre. Al respecto Catalano, P., sostiene:

Esta comprobación de la modernidad viene a confirmar que el *naciturus* (*in vitro* o *in vivo*) no resulta ser una víscera o parte del organismo de la madre, una *portio mulieri vel viscerum* como sostenía una corriente interpretativa de base germanizada –léase Savigny-, sino que estamos en presencia de un ser humano actual *qui in utero est* como afirmaba la conceptualización romano-ibérica de base naturalística en las que abrevaron Freitas y Vélez Sársfield. (1997, p. 228).

Ninguno de las TFA garantizan la dignidad de la procreación de la persona humana, en la medida en que ninguno refiere a la formación de la primera célula como el hito inicial del desarrollo humano. Para ello se emplean el término ‘concepción’ –intencionalmente convertido en ambiguo – o ‘fecundación’ – que no cubre la totalidad de los modos actuales según los que un ser humano podría comenzar a existir - . En todos ellos el embrión inicia su vida fuera del útero materno en condiciones que ponen en peligro su integridad y supervivencia y es el basamento para la obtención de una legislación represiva para quienes las practiquen porque inexorablemente conducen a la destrucción directa o indirecta de embriones, tales como el descarte de los no implantados, la crioconservación, el descongelamiento liso y llano, el uso de gametos provenientes de terceros, la reanimación de embriones descongelados, la utilización de embriones en experimentación.

No obstante, el respeto por la vida desde el instante de la concepción, se fortaleció por la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales. En diversos fallos se sostuvo que el

comienzo de la vida humana se inicia en la concepción y por lo tanto desde ese momento existe un sujeto de derecho.

En Argentina uno de los primeros pronunciamientos sobre la naturaleza jurídica de las personas concebidas fuera del seno materno y sobre la protección de los embriones supernumerarios, fue el de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal el 3 de diciembre de 1999 en los autos *Rabinovich, Ricardo s/medidas precautorias* que tramitaron ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 56. La Cámara modificó la sentencia de primera instancia y dispuso:

(...) 1°) modificar el pronunciamiento de fs. 119/121(...), 2°) disponer que (...) lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados (...) procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos (...), 3°) prohibir toda acción sobre los mencionados (...) que implique su destrucción o experimentación, 4°) ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos (...) se concrete con intervención del juez de la causa, (...) con la debida participación del Ministerio Público (...). (ED-185-412).

La aplicación de la TFA también ha recibido condena judicial en una valiosa sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del 15 de marzo de 2000 que consideró:

IX.Conclusiones: B) (...) durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo. (...) los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. (...) la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. (Nacion, 2001).

En mayo de 2011 la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes revocó la sentencia de primera instancia en los autos *L.A.C. c/Obra Social U. P. C.N.s/amparo*, que condenaba a la obra social a cubrir a una afiliada y su cónyuge, la totalidad de gastos, costos y demás erogaciones que requiriera un tratamiento de fertilización asistida. En la parte más relevante del fallo, la Cámara sostuvo:

(...) el deber de protección a la vida como bien constitucional impide que el Estado asuma políticas abortivas, fomente la manipulación genética, imponga controles de natalidad (...) ni la clonación, ni la destrucción de embriones, ni la interrupción del embarazo admiten ubicarse entre las conductas autorreferentes, aunque más no sea porque está de por medio la vida ajena. (Judicial, 2016)

Por su parte el Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo se pronunció a favor de la defensa de la vida humana. En el caso 34/10 *Oliver Brüstle vs. Greempeace e.V.* el 19 de octubre de 2011 reconoció la entidad del embrión humano desde el comienzo unicelular de su existencia, cualquiera fuera la modalidad de su génesis e independientemente de su viabilidad. Dijo que:

Constituye un «embrión humano» todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado. La sentencia declara que una invención biotecnológica debe ser excluida de la protección jurídica de las patentes cuando para su proceso haya requerido la previa destrucción de embriones humanos o bien use a éstos como material de base. (religionennavarra.wordpress, 2016).

Más recientemente el Tribunal Constitucional Español, el 25 de Junio de 2015 se pronunció en pleno en defensa del embrión en el caso del farmacéutico *Joaquín Herrera Dávila s/suministro de píldora del día después*, por estar demostrado científicamente el efecto antiimplantatorio del fármaco con el principio activo levonorgestrel, reconociendo el derecho a la objeción de conciencia del boticario y dejando sin efecto la sanción que le impusiera la Junta de Andalucía por no haberla dispensado.

(...) la sanción vulneró el derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa, que la Constitución reconoce (...) la evidencia indica que la píldora postcoital, no sólo puede actuar impidiendo la ovulación, sino también dificultando la implantación del embrión. (...) (Aznar, 2016)

Tanto pronunciamientos judiciales nacionales, extranjeros e internacionales que defienden la vida desde el instante de la concepción, otorgan entidad jurídica al embrión y consideran que las TFA atentan contra la vida humana.

Estado actual de la cuestión en el derecho argentino

El Código Civil Argentino vigente hasta el 31 de julio de 2015 fijaba el inicio de la existencia de la persona en el instante de la concepción, posición sustentada por espacio de cinco cuarenta y seis años, desde que Vélez Sársfield redactara la magistral obra en 1869.

En Argentina las TFA se aplicaron desde 1986 hasta 2013 sin ninguna regulación legal hasta que se sancionó la ley 26862/2013.

La doctrina venía aceptando pacíficamente que por analogía el inicio de la existencia en la concepción se aplicaba a los casos en que la fecundación se hubiere realizado fuera del seno materno. (Rivera, J., 1994, p. 408). En virtud de esa analogía, el embrión concebido mediante las técnicas de procreación asistida, aún antes de ser implantado en el claustro materno era considerado persona por nacer. El proyecto de código civil de 1998 mantuvo dicho criterio eliminando la expresión “en el seno materno”.

Pero los redactores del proyecto de reforma de 2012 haciendo caso omiso a los avances investigativos de la medicina y la biología, desconocieron el carácter de ser humano al embrión formado fuera del seno materno, en el período previo a la implantación, según la redacción originaria del proyectado artículo 19. Luego de encendidos debates se logró que se eliminara del art. 19 del proyecto originario el párrafo que fijaba el comienzo de la existencia del concebido fuera del seno materno en el momento de la implantación. Pero el párrafo suprimido del texto aprobado queda vigente tácitamente en virtud de lo establecido en los artículos 560 y 561 del mismo digesto jurídico que permite a la persona que se somete al uso de las técnicas de reproducción humana asistida retractarse del consentimiento prestado hasta el momento de la implantación del embrión, redacción idéntica a la del art. 7 de la ley 26862/2013.

Esto deja un sinnúmero de interrogantes sin respuesta: ¿qué hacer con los embriones supernumerarios que ya existen en los bancos de fertilización y con los que se siguen generando?, ¿dejarlos morir?, ¿darlos en adopción?, ¿disponer el cese de la crioconservación?, ¿qué disponer en caso de divorcio, separación o muerte de los padres?, entre otros muchos interrogantes, que generan nuevos escenarios éticos y legales. En la fundamentación del proyecto se justificaron tan graves omisiones en las llamadas “conductas autorreferentes” del artículo 19 de la Constitución Nacional. Tal justificación resulta inadmisibles para cobijar cuanto ensayo se les ocurra a médicos, a investigadores y a padres, porque está en juego la vida ajena, como lo sostuvo la Cámara de Apelaciones de Corrientes en 2011. Ello no hace más que contribuir a seguir deformando la conciencia social y a potenciar la mortandad encubierta de seres invisibles pero reales.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida es un derecho explícito, en virtud de los tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 y los que se ratificaron *a posteriori*. En tal sentido la Convención Americana de Derechos Humanos protege la vida desde la concepción, sin distingo alguno acerca del lugar en que ésta se produzca (art. 4 inc. 1). La Convención sobre los Derechos del Niño reiteró en el preámbulo lo que sostuvo la Declaración de los Derechos del Niño, que “(...) es niño todo ser humano menor de dieciocho años” (art. 1), haciendo la salvedad nuestro país al ratificarla mediante la ley 23849, que “ (...) el artículo 1 debe

interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano **desde el momento de la concepción** [la negrita es mía] y hasta los dieciocho años de edad” (art 2). Conforme la Convención, el niño tiene derecho a que se le garantice el derecho a la vida (art. 6), a preservar su identidad (art. 8), a su supervivencia y desarrollo, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos (art.7). (Tratados y documentos internacionales 2001).

Posteriormente la ley 26061/2005 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en su art. 2 declaró de aplicación obligatoria dicha Convención.

Por aplicación de dicha convención ninguna ley puede autorizar el descarte de embriones (derecho a la vida), la selección de embriones (derecho a no ser discriminado), la fecundación con gametos de terceros ajenos al matrimonio (derecho a la identidad y a conocer a sus padres), el acceso a la fertilización asistida por parte de mujeres solteras o solas (derecho a tener una familia).

La transgresión a estos derechos se ha legalizado con la sanción de la ley 26862/2013 que desconoció que la vida comienza con la concepción, incluyó la donación de gametos o embriones (art. 2), la crioconservación de gametos o de tejido reproductivo (art. 8), en abierta violación a aquella convención. Tampoco incluye entre sus previsiones recaudo alguno destinado a la prevención de la endogamia. Al respecto el Código Civil en el art. 564 permite revelar la identidad del donante mediante intervención judicial, lo que podría convertirse en un requisito de muy difícil aplicación para prevenir la endogamia. Lo puntualizado resulta incompatible con el derecho a la identidad consagrado en la Convención, que Argentina ratificó.

Ello evidencia un Estado claudicante en la defensa de la vida inocente, que ha cedido a presiones y a intereses de organizaciones internacionales que promueven, financian y por las que se canalizan estas políticas que atentan contra la salud y la vida.

El niño por nacer no sólo es persona respecto de la madre, sino que también y fundamentalmente es hijo y esta condición para los padres entraña derechos pero también deberes que debe garantizar el Estado (...). Nadie puede válidamente consentir para que se mate a un ser humano, ni siquiera la madre, que no puede decidir sobre una vida que no le pertenece, ni aún cuando se encuentre en conflicto con la propia. (Bach de Chazal, R., 2009, p. 56).

Nuestra propuesta

A despecho de la tendencia nacional e internacional que abogan en favor de las TFA, ocultando la verdadera finalidad perseguida, estimamos que la legislación debería prohibir el desarrollo de cualquier forma de fecundación extracorpórea y su consecuencia directa e inmediata, la crioconservación de embriones y establecer el condigno castigo para quien la contravenga. Sólo

así se garantizará el respeto por la vida del embrión y la supervivencia de la especie humana en condiciones de igualdad con la que se discierne a los restantes individuos de la especie humana.

No obstante como no se puede desconocer el sinnúmero de embriones crioconservados que se encuentran en los bancos de fertilización expuestos a una suerte incierta, sin vías de supervivencia seguras y expuestos a riesgo de muerte o a daños irreversibles en su integridad física, alguna solución se les debe buscar a través de la legislación. Ésta debería tener como pilares: a) el primordial derecho del embrión a nacer, considerándolo persona desde el primer instante b) “el desarrollo en un medio familiar constituido con la referencia conocida y segura de sus padres, para descubrir su propia identidad (...)”, (conclusiones Congreso Hispanoamericano de Familia, 1987, Año VII, N° 37), c) la transferencia inmediata al útero de la dueña de los gametos para garantizar su supervivencia, d) la tipificación de las prácticas prohibidas y su punición. Para ello las normas legales deberían ser reformuladas en orden a garantizar la igualdad imperante en el art. 16 de la Constitución Nacional y acorde con los tratados internacionales con jerarquía constitucional que defienden la vida desde el primer instante.

Traemos a colación el fallo que ordenara hacer un censo de los embriones designando un tutor, lo que lejos de concretarse, se frustró. Estimamos que el fracaso radicó en la designación de un particular como tutor sin asignarle ninguna infraestructura de recursos humanos, ni materiales, ni económicos. En los hechos la figura del tutor no persuadió con la fuerza suficiente para hacer acatar el fallo de la justicia y las consecuencias están a la vista, según la propia opinión de quien promoviera la acción. (Rabinovich, R. D. s/medidas precautorias R., R. D., ED-185-412).

Estimamos que tomando como hilo conductor aquel fallo, que fue muy plausible en su intencionalidad pero se frustró en su ejecutoriedad; el derecho romano puede servir de norte para diagramar una figura jurídica en el campo del derecho público: el “defensor del concebido extrauterino” a la manera como en la Roma republicana se instituyó el defensor *civitatis*, para defender a las clases inferiores del municipio (*plebs*) de las vejaciones de los poderosos (*potentiores*) y de los abusos de los funcionarios. Tal como existen en nuestro país el defensor de ausentes, el defensor de pobres y el defensor de menores, en el ámbito de la organización judicial; y el defensor del pueblo elevado al rango constitucional por la Constitución de 1994.

Si bien en la actualidad es el Ministerio Pupilar a través del Defensor de Menores el que interviene en los casos en que se debaten cuestiones relacionadas con embriones originados mediante TFA –que son los menos- la mayoría de los casos se resuelven en el ámbito privado a merced de la ambición sin límites de los médicos que distorsionan la información para actuar sobre

la sensibilidad ética de los progenitores, ejerciendo un señorío sobre el destino ajeno, ya que determinan arbitrariamente a quien se le permitirá vivir y a quien se destinará a la muerte.

Esta figura sugerida tendría como misión representar al más indefenso del género humano, velar por los intereses personales y patrimoniales de esa inmensa cantidad de seres humanos que se debaten entre ser o no ser, asumir la custodia de los embriones crioconservados existentes -hasta que se logre implantar el último de ellos- y ejercer el poder de policía sobre desarrollo de tales prácticas.

De esta manera podrían mitigarse los desvíos de estos procedimientos reñidas con el derecho natural que pueden poner en peligro la supervivencia de la especie humana. Y

Ello ocurre cada vez que el ser humano se coloca a si mismo en el centro de la escena y termina dando prioridad a sus conveniencias circunstanciales y a todo lo demás lo vuelve relativo.

Volviendo al título de este trabajo, estamos persuadidos que no hay avance duradero sin afianzarse en las raíces, porque innovar no es romper con la tradición, sino incorporarse a ella y a partir de allí proyectarse más allá de los tiempos, pero sin apartarse de la razón natural.

BIBLIOGRAFÍA

- Andorno R., (1996), El derecho ante la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro, en *Cuadernos de bioética* N° O, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Arangio Ruiz, V. (1952), *Instituciones de Derecho Romano*, tr. J. Caramés Ferro, Buenos Aires: Depalma.
- Arias Ramos, J., (1947), *Derecho Romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado
- Aulo Gelio (2007) *Noct Atticas: Antología*, tr. Francisco García Jurado, Madrid: Alianza Editorial.
- Aznar, J. T. (7 de Agosto de 2016). *ZENIT*. Obtenido de ZENIT: <https://es.zenit.org/articles/el-tribunal-constitucional-avala-la-negativa-a-dispensar-la-pildora-del-dia-despues/>
- Bach de Chazal, R., (2009), *El aborto en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires: El Derecho
- Barra, R., (1996), *Protección constitucional del derecho a la vida*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Basso, D., (1991), *Nacer y morir con dignidad*, 3ª ed. ampliada, Buenos Aires: Desalma.
- Blanco, L., (1998), Algunas consideraciones a cerca del bioderecho en la Argentina en *Cuadernos de Bioética*, año 3 N° 2, Santiago: Tórculo Arte Gráfico.

- Beluscio-Zanoni, (1978), Código Civil y leyes complementarias, Buenos Aires: Astrea.
- Catalano P., (1990), *Diritto e persona*, Torino: G. Giappichelli.
- (1997) L'Inizio della persona nel sistema giuridico romanista en *Actualidad del Derecho Romano en el pensamiento de Giorgio La Pira*, Roma: Universidad de la Sapienza
- Código Civil y Comercial de la Nación, (2014), 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, conclusiones (1987), Año VII, N° 37, Cáceres, España.
- Estrada S., (2008), La persona por nacer en el Corpus Iuris Civilis, en el Código de Vélez Sársfield y en el proyecto de Código Civil Argentino de 1998 en *Roma y Argentina, Diálogo de culturas*, Tucumán: ILLAC Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán.
- (2011), La protección del nasciturus: una evolución desde las fuentes romanas hasta el presente del derecho positivo argentino en *Revista Nuevas Propuestas de la Universidad Católica de Santiago del Estero* N° 49, Santiago del Estero: IDEART.
- (2013), La persona por nacer en las fuentes romanas y su proyección a la legislación argentina en *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina*, vol. VII General Roca, Río Negro, Argentina: Publifadecs.
- Fernández Sesarego, C., (2000), Persona por nacer en el Código de Vélez Sársfield y en el Código Civil Peruano de 198 en, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba.
- García del Corral, I., (1892), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger, Barcelona: Jaime Molinas.
- Gracia, D., (1991), *El estatuto del embrión en Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Madrid: Eudema.
- Irigoyen Troconis, M. P., (1994), *Paulo, J., Sentencias a su hijo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Investigaciones Filológicas.
- Judicial, C. d. (7 de Agosto de 2016). *Centro de Información Judicial* . Obtenido de Centro de Información Judicial : <http://el-pais.cij.gov.ar/nota-6807-Niegan-tratamiento-de-fertilizaci-n-asistida-por-no-estar-incluida-en-las-prestaciones-de-la-obra-social-.html>
- Mainz, C., (1892), *Curso de Derecho Romano*, tr. A.J. Pou y Ordinas, Barcelona: Molima.
- Mazzinghi, J.,(1978-C), Breve reflexión sobre la fecundación *in vitro* en *La Ley sección doctrina*, Buenos Aires.

- *Nacion*. (15 de Marzo de 2001). Obtenido de Nacion: http://www.nacion.com/sucesos/Voto-mayoria-Sala-Cuarta_0_422157799.html
- Ortolán, M., (1912), *Instituciones del Emperador Justiniano*, Madrid: Francisco Pérez de Anaya y Francisco Pérez Rivas.
- Proyecto de Código Civil de 1998, (1999), Tucumán: Centro Editorial Fundación Miguel Lillo.
- Rabinovich, R., s/ medidas precautorias, (1999) en ED-185-412, Buenos Aires.
- (2001), s/ medidas precautorias, *La Ley* 2001-C-824, Buenos Aires.
- (2000) s/medidas precautorias, *J.A.* 2000-III-630, Buenos Aires.
- Ratzinger, J.,(1987), Instrucciones sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación en *Congregación para la Doctrina de la Fe*, Buenos Aires: Paulinas.
- Reale, M., (1997), *Teoría tridimensional del derecho*, Madrid: Tecnos.
- *Religionennavarra.wordpress*. (7 de Agosto de 2016). Obtenido de religionennavarra.wordpress: <https://religionennavarra.wordpress.com/2011/10/20/historico-reconocimiento-por-el-tribunal-europeo-de-justicia-del-embrión-humano-desde-la-fecundacion/>
- Rinaldi, N., La personalidad del que está por nacer (Raíces romanísticas del art. 70 del C. Civil), en ED T-149, Buenos Aires,
- Rivera, J.C., (1994), *Instituciones de Derecho Civil, pte. gral.*, tomo I, 4º ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Romeo Casabona, C., (1994), *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Schipani S., (2007), *Código Civil de la República Argentina 2007 traducido por Ildelfonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Sgreccia, Elio, (1996), *Manual de Bioética, Instituto de Humanidades en Ciencias de la Salud*, México. Diana.
- Tertuliano, (2001), *Opera de anima*, Madrid: Akal.
- Tratados y documentos internacionales (2001), Buenos Aires: de Zavalía Víctor.
- *Universidad Nacional del Nordeste*. (12 de Marzo de 2011). Obtenido de Universidad Nacional del Nordeste: <http://www.fai.unne.edu.ar/bioética/genética>

- Vila Coro, M., (1995), *Introducción a la Biojurídica*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Zavala de González M., (1983), Aborto, persona por nacer y derecho a la vida en *La ley D-1126*, Buenos Aires.