

Juan Carlos Ghirardi

El Nasciturus y el Derecho a la Vida

Desde Roma a la Argentina Actual

Editorial Académica Española

Impressum / Aviso legal

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle in diesem Buch genannten Marken und Produktnamen unterliegen warenzeichen-, marken- oder patentrechtlichem Schutz bzw. sind Warenzeichen oder eingetragene Warenzeichen der jeweiligen Inhaber. Die Wiedergabe von Marken, Produktnamen, Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen u.s.w. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutzgesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Información bibliográfica de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek clasifica esta publicación en la Deutsche Nationalbibliografie; los datos bibliográficos detallados están disponibles en internet en <http://dnb.d-nb.de>.

Todos los nombres de marcas y nombres de productos mencionados en este libro están sujetos a la protección de marca comercial, marca registrada o patentes y son marcas comerciales o marcas comerciales registradas de sus respectivos propietarios. La reproducción en esta obra de nombres de marcas, nombres de productos, nombres comunes, nombres comerciales, descripciones de productos, etc., incluso sin una indicación particular, de ninguna manera debe interpretarse como que estos nombres pueden ser considerados sin limitaciones en materia de marcas y legislación de protección de marcas y, por lo tanto, ser utilizados por cualquier persona.

Coverbild / Imagen de portada: www.ingimage.com

Verlag / Editorial:

Editorial Académica Española

ist ein Imprint der / es una marca de

AV Akademikerverlag GmbH & Co. KG

Heinrich-Böcking-Str. 6-8, 66121 Saarbrücken, Deutschland / Alemania

Email / Correo Electrónico: info@eae-publishing.com

Herstellung: siehe letzte Seite /

Publicado en: consulte la última página

ISBN: 978-3-659-08006-7

Zugl. / Aprobado por: CORDOBA. ARGENTINA. UNIVERSIDAD CATÓLICA. INVESTIGACIÓN.
2013

Copyright / Propiedad literaria © 2013 AV Akademikerverlag GmbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten. / Todos los derechos reservados. Saarbrücken 2013

El Nasciturus y el Derecho a la Vida¹

INDICE

A) INTRODUCCIÓN ²	7
B) EL ABORTO EN LOS DERECHOS PRE ROMANOS ³	10
1. En el derecho egipcio	
2. En el derecho griego	
3. Bibliografía	
C) EL NASCITURUS EN EL DERECHO ROMANO ⁴	14
1. La persona y el hombre. Su capacidad.	
2. El comienzo de la vida humana	
a) El derecho a nacer del <i>nasciturus</i>	
b) Protección patrimonial de la persona por nacer	
3. Conclusiones	
4. Bibliografía	
D) LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO ⁵	40
1. La Antropología	
2. La base filosófica de la idea de hombre	
3. El humanismo jurídico romano.	
4. Algunas consideraciones finales	
5. Bibliografía	

¹ Una investigación dirigida por el Dr. Juan Carlos Ghirardi, con la coordinación general de la Dra. Cristina Filippi, que a su vez fue Co-Directora. El Dr. Juan José Alba Crespo, también Co-Director, se ocupó de supervisar lo atinente al Derecho Romano. La investigación fue realizada en el ámbito de la Secretaría de Investigaciones de la Universidad Católica de Córdoba, con evaluación externa y para el bienio 2012-2013. Intervinieron los miembros del Instituto de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la U.C.C.

² Por el Dr. Juan C. Ghirardi.

³ Por las ayudantes alumnas Milagros Maqueda, María Belén Falco y Lucía Minardi, supervisadas por la Dra. Cristina Filippi.

⁴ Por el Dr. Juan José Alba Crespo.

⁵ Por el prof. Jorge Bruzzone.

E) EL DERECHO ESPAÑOL ⁶	63
1. Introducción	
2. Antecedentes pre hispánicos	
3. Los Fueros	
a) Fuero Real	
b) Fuero Juzgo	
c) Fuero de Navarra	
d) Fueros Municipales	
4. Código de las Siete Partidas	
a) Breve referencia	
b) El <i>naciturus</i>	
5. Las Leyes de Toro	
6. Anteproyecto de nuevo código civil español	
7. Bibliografía	
F) EL DERECHO CANÓNICO ⁷	87
1. Una aclaración previa	
2. El Derecho Eclesial en su conjunto	
3. El Derecho Canónico	
4. Bibliografía	
G) DERECHO COMPARADO EUROPEO Y ORIENTAL ⁸	94
1. Introducción	
2. España	
3. Alemania	
4. Francia	
5. Reino Unido	
6. Italia	
7. Portugal	
8. Polonia	

⁶ Por la prof. Claudia Zatti.

⁷ Por el pbro. Gustavo Crespo.

⁸ Por los prof. Lucas Di Pasquantonio y Laura Pintos secundados por los ayudantes alumnos Celeste Pérez Araoz y Martín Valente. Con excepción de la parte de Derecho Oriental, véase la nota siguiente.

9. Holanda y Países Escandinavos	
10. Conclusiones relativas al Derecho Europeo	
11. Bibliografía del Derecho Europeo	
12. El Derecho Chino ⁹	
H) LOS CÓDIGOS LATINOAMERICANOS ¹⁰	127
1. Código Civil de Brasil.	
2. Código Civil de Chile.	
3. Código Civil de Paraguay.	
4. Código Civil de Uruguay.	
5. Código Civil de Venezuela.	
6. Código Penal de Brasil.	
7. Código Penal de Chile.	
8. Código Penal de Paraguay.	
9. Código Penal de Uruguay.	
10. Código Penal de Venezuela.	
11. Bibliografía	
I) LOS TRATADOS INTERNACIONALES ¹¹	144
1. Introducción.	
2. Derechos de la mujer y el niño en la Carta Magna Argentina	
3. Tratados Internacionales	
4. Conclusión	
5. Bibliografía	
J) EL DERECHO PENAL ARGENTINO ¹²	174
1. Introducción	
2. El proyecto	
3. Bibliografía	
K) LAS FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO ¹³	187
1. Contexto histórico de las leyes civiles argentinas	

⁹ Por la ayudante alumna Daniela Marchi, supervisada por el Dr. Juan C. Ghirardi.

¹⁰ Por la prof. Camila Cañete y la ayudante alumna Anabella Calandri.

¹¹ Por las prof. María Elena Bazán y Bibiana Llaryora.

¹² Por la prof. Mariela Zanetta Magi.

¹³ Por la prof. adscripta María Laura Ceballe.

a) El motivo de la sanción del código civil	
b) Fuentes e influencias del código civil argentino	
c) Reseña sobre el trabajo de Vélez Sársfield	
d) Sanción del primer código civil argentino	
2. Repercusiones en torno al código civil	
a) La metodología, según Alfredo Colmo	
b) El análisis de Enrique Martínez Paz	
c) Reforma de la ley 17.711	
3. Bibliografía	
L) ENCUNTROS, JORNADAS Y PROYECTOS DE NUEVOS CODIGOS CIVILES PARA LA ARGENTINA ¹⁴	222
1. Encuentros y Jornadas	
2. Proyectos de código	
M) LA DOCTRINA CIVILISTA ARGENTINA ¹⁵	231
1. Los primeros exégetas del código civil ¹⁶	
a) Varela, Luis V.	
b) Segovia, Lisandro	
c) Llerena, Baldomero	
d) Machado, José Olegario	
e) Conclusiones	
f) Bibliografía	
2. Posición de la doctrina nacional ¹⁷	
a) Introducción	
b) Condición jurídica de la persona por nacer	
c) Derecho que puede adquirir	
d) Bibliografía	
3. La última doctrina argentina ¹⁸	

¹⁴ Por las prof. Graciela Liliana Fernández y Marisa Domínguez

¹⁵ Por las prof. Graciela Liliana Fernández, Marisa Domínguez, Mariela Baldi y Alicia Juárez, la prof. Adscripta Helena Rosso, y el ab. Nicolás Borello.

¹⁶ Por la prof. adscripta Helena Rosso.

¹⁷ Por la prof. Mariela Baldi.

¹⁸ Por las prof. Norma Alicia Juárez, Graciela Liliana Fernández y Marisa Domínguez.

- a) Salvat
- b) Spota
- c) Busso
- d) Borda
- e) Llambías
- f) Belluscio y Zannoni
- g) Bueres y Higton de Nolasco
- h) Kemelmajer de Carlucci
- i) Palmero
- j) Bibliografía

4. Mención jurisprudencial¹⁹

N) INSTRUMENTACIÓN DE LOS CONVENIOS SOBRE
NACIMIENTOS²⁰ 270

- 1. Introducción
- 2. Desarrollo de la cuestión
- 3. Modelos de instrumentos
- 4. Bibliografía

O) EL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL²¹ 295

- 1. Comienzo de la existencia humana: nuevas disposiciones en el Anteproyecto de Unificación
- 2. Gestación por sustitución: requisitos, autorización judicial, regla residual.
- 3. Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida.
- 4. Filiación y parentesco: filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida: regla general, excepción
- 5. Conclusiones
- 6. Bibliografía

P) INVESTIGACIÓN DE CAMPO²² 310

¹⁹ Jurisprudencia aportada por el abogado Nicolás Borello.

²⁰ Por el prof. Jorge Villalba.

²¹ Por los ayudantes alumnos Paula Bertone y Mauro Bologna, dirigidos por el Dr. Juan C. Ghirardi.

1. Cuestionarios y entrevistas

2. Conclusiones sobre el resultado de las entrevistas

Q) CONCLUSIONES²³

322

²² Por la prof. Carolina Alba Capitaine, el prof. adscripto Mario Visconti, y las ayudantes alumnas Nadia Schiaparelli y Yanina Fioramonti, dirigidas por la Dra. Cristina Filippi.

²³ Por el Dr. Juan Carlos Ghirardi

A) INTRODUCCIÓN²⁴

Desde el derecho romano, y aún hasta hoy, se ha debatido acerca de la persona por nacer, un tema que es todavía –más que nunca podríamos decir– materia de discusión desde la óptica de la doctrina, y en el ámbito de los poderes legislativo y judicial. ¿El *nasciturus* es persona? Y, si así fuere, ¿todo embrión fecundado constituye ya un *nasciturus*? De lo contrario, ¿cuándo ese embrión es ya persona? ¿Desde la fecundación? ¿Desde su implantación en la pared del útero? ¿A partir de un cierto tiempo contado desde la concepción, o directamente luego de ésta?

Creemos que aquí está el meollo del tema, porque de ser las respuestas restrictivas a esta última inquietud, obviamente no podríamos sostener que este que sería entonces un mero “proyecto” tiene “derechos”, dado que conformaría parte de la entraña materna al menos durante un lapso dentro del tiempo que dura la gestación.

Lo cual nos llevaría a otra serie de interrogantes: ¿Cuán largo es ese lapso? ¿Cuándo comienza y cuando acaba? Porque. Si adoptamos esta posición, es indudable que durante el tiempo la embarazada tendría libremente el derecho de optar entre continuar o suprimir su estado de preñez, sin alterar en lo más mínimo derechos o expectativas ajenas. No se daría en tal supuesto el *alterum non laedere*, porque no existiría tal *alter* que dañar.

En el supuesto de sostener la posición contraria, se daría una situación completamente opuesta, ya que entonces deberíamos afirmar que coexisten dentro del mismo cuerpo (el materno) dos seres humanos distintos, cada uno con sus derechos, caso en el cual el legislador, o eventualmente los jueces, deberán decidir cuál prima sobre el otro, en caso de tener primacía alguno de entre ambos, ya fuere en general o en algún supuesto en particular.

²⁴ Por el Dr. Juan Carlos Ghirardi.

El tema es sumamente complejo, y no pretendemos de manera alguna agotarlo, porque además de lo jurídico confluyen aquí muchos otros elementos: los religiosos, los ideológicos, los valores de cada individuo... La enumeración podría ser larga, muy larga.

Tampoco es, dado lo expuesto, factible hallar alguna solución, o proponer una reforma legislativa, ni propugnar algún futuro criterio judicial. Nunca hallaríamos consenso, dada la índole del problema que es objeto de nuestra investigación. Pero, entonces... ¿qué buscamos?

Simplemente exponer el problema, dejando la manera de cómo solucionarlo librado a la ciencia y conciencia de cada uno. Comenzaremos desentrañando cuál fue la solución a la que arribó el derecho romano, no sin antes hacer una breve mención a los sistemas jurídicos anteriores. Incursionaremos después por los derechos español y canónico, y suministraremos una visión, panorámica pero sucinta del derecho comparado.

Luego de ello nos detendremos en nuestro propio derecho civil, entre cuyos cultores existen –podemos afirmarlo– quienes desconocen o tienen una idea errada, acerca de cuál fue la normativa del *corpus iuris* de Justiniano en la materia, lo que no es extraño. Hablar del derecho de Roma es exponer lo que rigió durante mil doscientos años de historia. Período durante el cual las ideas, los principios y las normas mutaron y evolucionaron.

Con todo este bagaje a cuestas podremos observar, con una mayor amplitud mental, lo que consagró Vélez Sársfield en el código civil argentino, la doctrina posterior, tanto la sentada por tratadistas como en congresos, jornadas y eventos científicos, así como en los proyectos y anteproyectos de reforma de nuestro código, que no por tener casi un siglo y medio de vigencia resulta obsoleto, ni mucho menos.

Estaremos entonces en condiciones de analizar el último proyecto de nuevo código civil. Hacerle críticas, si juzgamos que las mismas son procedentes, realizarle observaciones y formular nuestras propias conclusiones.

Tal la finalidad de la presente investigación, dirigida por el Dr. Juan Carlos Ghirardi y coordinada por la Dra. Cristina Filippi. Esta última dividió y organizó el

trabajo, el primero le dio unidad. Hemos procurado, como siempre, que se cumpla una doble función, tanto en lo que atañe a la labor investigativa en sí misma, cuanto en lo referido a la formación de los integrantes del equipo. Es decir que no buscamos tan sólo investigar, sino enseñar a investigar.

De allí que en el grupo cohabiten, y lo hacen de modo absolutamente natural, docentes con muchos años de experiencia y estudiantes. Doctores, y abogados. Profesores titulares y adscriptos. Hemos buscado unir siempre ambos extremos, tanto en el trabajo doctrinario cuanto en la experiencia de vida. Porque ésta, nos hallamos convencidos quienes aquí hemos participado, es la única manera de lograr que la experiencia sea enriquecedora. Manera que asimismo brinda una lección de humildad, ya que es hora de que se asuma que todos, inclusive los más encumbrados, tienen algo que aprender de los demás.

Esperemos que en las páginas que siguen hayamos podido plasmar esta idea.

B) EL ABORTO EN LOS DERECHOS PRERROMANOS²⁵

Nos ocupamos fundamentalmente de Egipto y Grecia.

I. El derecho egipcio

En los textos egipcios antiguos no se conocen normas concernientes al aborto.

Se acordaba derecho patriarcal absoluto, por el cual los padres podían vender o matar a sus hijos, aun antes de nacer. Se permitía el aborto pero se castigaba severamente el infanticidio; "*Ritual funerario*", uno de los libros sagrados del Egipto, incluye entre una de sus prohibiciones el procurar el aborto, se conocían métodos contraceptivos ó abortivos, descritos simplemente como "abandono del estado de embarazo" descritos en los papiros de Kahun, Ebers, Berlín, Carlsberg y Ramesseum que consistían en lavados de varios tipos, como el realizado con aceite muy caliente.

Sin embargo, el provocar un aborto era muy severamente castigado desde el punto de vista jurídico, aunque se lo justificase en algunos casos; el Código de Hammurabi, que data del siglo XVIII a.C., destacaba aspectos de la reparación debida a las mujeres libres en casos de abortos provocados mediante violencia por golpes, exigiéndose el pago de 10 ciclos por el feto perdido; tanto aquí como en el Éxodo no se trata del castigo de un crimen sino simplemente de una compensación por el perjuicio causado, de allí que se condena a muerte en algunos casos, a la hija del agresor y no al culpable mismo.

En los nacimientos con malformaciones físicas o con alguna enfermedad crónica no se recurría al infanticidio y los niños eran aceptados y considerados que habían sido tocados por la gracia divina e incluidos en la sociedad con un gran respeto.

²⁵ Por las ayudantes alumnas Milagros Maqueda, María Belén Falco y Lucía Minardi, dirigidas por la Dra. María Cristina Filippi.

Por otra parte el aborto era visto por los egipcios como un acto abominable que iba en contra de la naturaleza y por consecuencia en contra de los dioses, pues aunque se sabían autónomos consideraban que sus cuerpos eran un medio para ascender a algo más profundo. Las mujeres abortistas eran rechazadas y se les consideraba como una extensión de Neftis (diosa de la inmundicia).

2. El derecho griego

En Grecia donde tan severamente se sancionó toda lesión a la vida humana, no se conocieron disposiciones que claramente incriminaran el aborto.

Sócrates abogaba porque el aborto fuera un derecho materno. La primera referencia al aborto se encuentra en los libros atribuidos a Hipócrates, quien negaba el derecho al aborto y exigía a los médicos jurar no dar a las mujeres bebidas fatales para el niño en el vientre.

Pero por otra parte los antiguos griegos apoyaban el aborto para regular el tamaño de la población y mantener estables las condiciones sociales y económicas.

Platón recomendaba el aborto a las mujeres embarazadas mayores de 40 años (o si su compañero era mayor de 50 años) y además veía la terminación del embarazo no deseado como un medio para perfeccionar el propio cuerpo.

Aristóteles sostenía que el feto se convierte en “humano” a los 40 días de su concepción, si es masculino, y a los 90, si es femenino. Recomendaba el aborto para limitar el tamaño de la familia y en su *“Política”* lo dejaba librado a la madre, salvo cuestiones de Estado.

Según una corriente civilista actual²⁶, en el derecho romano al *nasciturus* no se lo consideraba persona, por lo que en la Antigua Roma el aborto supuestamente estaba permitido; aunque, sin embargo, sí se le reconocían derechos a la persona por nacer. Por ejemplo, si la mujer embarazada estaba condenada a muerte, la ejecución se posponía hasta el nacimiento. También si el

²⁶ Que nuestras Cátedras no comparten.

padre del nonato era senador al momento de la concepción, este nacía con los privilegios de hijo de senador.

Por el contrario el aborto era un hecho frecuente y si este se realizaba antes que el feto se animara no era considerado un crimen. Esto en realidad no es pensamiento romano, sino que se inspira en los autores griegos, que no se oponían al aborto en la medida que el feto "aún no fuese persona".

Por ello se dice que la evolución del tratamiento del aborto en Roma es más compleja e interesante, ya que si bien se mantiene el concepto heredado del pensamiento griego que sostiene que el feto es víscera materna introduce matices diferentes al atribuirle derechos al *nasciturus*, siempre que estos le resultaran favorables. Por ejemplo se prohibió el entierro de la mujer embarazada antes de extraer el feto, como así también se ordenó la suspensión de las ejecuciones capitales de la mujer en estado, lo que demuestra un reconocimiento del derecho a la vida del ser aún no nacido²⁷.

Volviendo a los griegos, había divergencias que fincaban en cuanto a la determinación del momento en que se producía esa animación del embrión que pasaba a adquirir el carácter de persona.

Hipócrates afirmaba con convicción que ella se producía el séptimo día después de la concepción, él era contrario al aborto y en su famoso juramento dice que no se impondrá a ninguna mujer el pesar del aborto.

Tanto Aristóteles como Platón sostenían la importancia de arbitrar los medios a fin de limitar la población y regular la demografía. El primero, proponía el aborto, pero este debía realizarse antes que el embrión hubiese recibido "el sentimiento y la vida" (la animación), para agregar a continuación que "el crimen o la inocencia de ese hecho (el aborto) depende absolutamente de esta condición".

Platón por su parte sostenía la importancia de mantener en equilibrio las cifras de la población y entre otras medidas consideraba un deber provocar el aborto de toda mujer mayor de cuarenta años. En relación a este tema, Aristóteles explicaba que las personas muy jóvenes "engendraban seres incompletos de

²⁷ Lo que viene a corroborar nuestro pensamiento. Hay alguna suerte de "personalidad jurídica" en el feto aún no nacido.

cuerpo y espíritu" en tanto que los hijos de las ancianas poseían una "debilidad irremediable".

No es de extrañar el silencio de las leyes helénicas en lo relativo al aborto dada la idea tan arraigada en su filosofía de ser el feto una mera porción del cuerpo de la madre: los filósofos de la escuela estoica no consideran al feto ser humano antes del nacimiento, para ellos hasta ese momento el feto forma parte de las vísceras de la madre. Lo mismo ocurría en los

Ya en los tiempos modernos, El código penal de Grecia del año 1950 castiga en el artículo 302 a la madre que aborta, con pena de prisión de tres años como máximo, estableciendo la impunidad del practicado cuando el embarazo proviene de la seducción de una menor de dieciséis años. No establece atenuación alguna para el realizado por causa de honor.

El infanticidio está legislado como atenuante del homicidio pero siguiendo un criterio coherente con el adoptado para el aborto, el fundamento del atenuante no recae en la causa de honor sino en la alteración que provoca en el organismo de la madre la influencia del parto.

Si bien los autores que han estudiado la legislación griega dicen que el aborto no estaba penalizado, parece que pese a no estar penado había cierta controversia acerca de en qué punto considerar al feto humano y, por tanto, un asesinato punible el aborto.

3. Bibliografía

- *Tale, Camilo*. Córdoba 1991 (Pag. 196 a 214.)
- <http://es.scribd.com/doc/88952829/Aborto-doc> (Octubre 14, 2012, 20:30 PM)

C) EL NASCITURUS EN DERECHO ROMANO²⁸

1. La persona y el hombre. Su capacidad.

El Digesto de Justiniano dedica el título quinto del libro primero al “estado de los hombres” (*de statu hominum*), el que se inicia con un fragmento de la Instituta de Gayo: “Todo el derecho que usamos se refiere a las personas (*ad personas pertinet*), a las cosas o a las acciones”²⁹ y el fragmento que le sigue, tomado de Hermogeniano, empieza el desarrollo del tema diciendo: “Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres (*hominum causa*), trataremos primero del estado de las personas (*personarum statu*), ...” Seguidamente, vuelve el Digesto a la Instituta de Gayo: “Y así, la principal división en el derecho de las personas (*iure personarum*) es ésta: que todos los hombres (*omnes homines*) son libres o esclavos”³⁰.

Me parece que en estas primeras palabras del título en cuestión hay unas definiciones jurídicas que no se pueden pasar por alto. Por lo pronto: no tiene sentido hablar de derecho si no se trata de relaciones ajenas al hombre, pues “todo el derecho ha sido establecido por causa de los hombres”. Ciertamente es que también se habla de un derecho concerniente a las cosas y a las acciones, pero no lo es menos que ello se explica en tanto y en cuanto esas cosas y esas acciones tengan vinculación con el hombre.

Hombre (*homo*) es el ser humano, el que está en la tierra (*humus*) y permanece siempre en ella, hasta su muerte, a diferencia de los dioses que viven en el cielo. Frente a él están las cosas, animadas unas, inanimadas otras. Algunas veces en las fuentes se usa *homo* para indicar al esclavo, al de condición servil³¹,

²⁸ Por el Dr. Juan José Alba Crespo.

²⁹ D. 1.5.1. En su Instituta, Gayo añade: *Sed prius videamus de personis* (Veamos primeramente el que atañe a las personas).

³⁰ D. 1.5.2 = Gayo, 1.9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. ...*

³¹ Por ejemplo, D. 1.8.1.1; Gayo, 4.16; Coll. 3.3.2.

pero en verdad la palabra tiene un sentido general que comprende tanto al libre como al esclavo. Y así aparece usada en los pasajes referidos precedentemente³².

Algo similar ocurre con *caput* ('cabeza, individuo, cima), que también carece de significado técnico específico y tanto es así que, por ejemplo, se habla de *in capite libero* al definir la tutela³³ y de *pro liberis capitibus* al tratar de la responsabilidad en virtud de la *lex Rhodia de iactu*³⁴; de *capite servile* al referirse a la manumisión del esclavo³⁵; y de *capita* al ocuparse de la división de la herencia por partes iguales³⁶. Aludiendo al sentido de cima o parte esencial de algo, es que Gayo dice que la institución de heredero es *caput et fundamentum* del testamento³⁷.

Tampoco *persona* fue usada por los romanos en el sentido que hoy se le asigna de sujeto de derecho (con la doble posibilidad de la persona física y de la personal de existencia ideal), sino que siempre señaló al hombre, al individuo³⁸ por contraposición al grupo o conjunto, pero sin ninguna clase de referencia a sus condiciones. Tratando de lo que se hubiere hecho por temor, Ulpiano habla de *singularis persona*, contraponiéndola al pueblo, curia, colegio o corporación³⁹, y también a las cosas, al referirse al significado de *familia*⁴⁰. Gayo, en su Instituta (1.120), al ocuparse de la *mancipatio* dice que pueden ser objeto de ella las personas libres y las de condición servil (*serviles et liberae personae*)⁴¹. En otros casos, se alude a la "persona del esclavo"⁴², a "personas públicas"⁴³, a "personas principales de cualquier dignidad"⁴⁴, a la "persona" del difunto representada por la

³² Véase también: Coll. 1.2.1; 1.3.1,2; 1.6.2; 1.7.1; 2.7.1; 15.3.1.

³³ D. 26.1.1 pr.

³⁴ D. 14.2.2.2.

³⁵ D. 4.5.3.1.

³⁶ Coll. 16.2.16.

³⁷ Instituta, 2.2.

³⁸ Por ej.; Coll. 13.3.2

³⁹ D. 4.2.9.1

⁴⁰ D. 50.16.195.1.

⁴¹ Véase D. 50.17.22 pr.; C. 8.5.1; Coll. 16.2.2.

⁴² D. 30.86.2; D. 47.10.15, 44 in fine; D. 50.16.215

⁴³ I. 1.20.5.

⁴⁴ Coll. 15.3.7.

herencia⁴⁵ o del heredero como representante de la herencia⁴⁶, o a la “persona” del heredero o del pariente⁴⁷.

Lo que hoy conocemos o designamos con la palabra capacidad, los romanos lo definían a partir del *status*, esto es la situación en que cada individuo se encontraba frente a la comunidad organizada en el Estado romano, como hombre libre (*status libertatis*), como ciudadano (*status civitatis*) o como padre de familia (*status familiae*)⁴⁸. En la actualidad, en principio, todo ser humano es sujeto de derecho, es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque su capacidad de hecho o de obrar puede no existir o estar limitada. El criterio romano era diferente: no todo ser humano podía ser considerado un sujeto de derecho; para ello era menester que fuese *pater familias*, esto es que fuese *sui iuris*, lo que suponía la ciudadanía romana y, obviamente, la libertad. Había, entonces, para el derecho romano unos seres humanos que no eran sujetos de derecho, aunque fueran libres y ciudadanos (tal el caso del *filius familias*, por ejemplo); otros, los extranjeros o peregrinos, que aunque libres no eran ciudadanos y, por tanto, no tenían los derechos propios del *status civitatis*; y otros, finalmente, que carecían incluso de la libertad: los esclavos⁴⁹. Pero todos, el *pater familias*, el *filius*, el extranjero y el siervo compartían la condición humana; todos eran hombres, como el sentido común lo demuestra. Además, todos eran ‘personas’, sin perjuicio de que pudieran o no ser titulares de derechos y obligaciones o, incluso, sin perjuicio de que pudieran estar sometidos al poder de otro (el *pater familias*), como lo eran los hijos (sometidos a la *patria potestas*), y los esclavos (quienes caían bajo la *dominica potestas* del *pater*).

⁴⁵ I. 2.14.2; D. 46.1.22[23].

⁴⁶ D. 46.2.24. Sobre las expresiones *persona* y *persona publica* usadas por los agrimensores romanos, no por los jurisconsultos, a propósito de las colonias, véase ELIACHEVITCH, Basile: *La personnalité juridique en droit privé romain*, p. 192 (Ver cita completa en Bibliografía).

⁴⁷ Coll. 9.3.3; 16.2.10; 16.9.2 y 3.

⁴⁸ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Istituzioni di diritto romano*, p. 45; VOLTERRA: Eduardo: *Instituciones de derecho romano*, p. 78 y s. (Ver citas completas en Bibliografía).

⁴⁹ Aunque de alguna manera los esclavos puedan considerarse ‘cosas’ (de hecho están en la enumeración de las *res Mancipi* [Gayo, 2-14^o-17; Ulpiano, 19.1], no fueron asimilados totalmente a los animales, sino que tuvieron un tratamiento especial que excede los objetivos de este trabajo. Sólo parece oportuno recordar lo relativo a la participación en el culto familiar, la condición de *res religiosa* de su sepulcro, la administración del peculio, las adquisiciones en favor del amo, el parto de la esclava dada en usufructo, la limitación de los poderes del amo.

2. El comienzo de la vida humana.

La naturaleza nos señala que los seres vivos somos tales en tanto vivimos, lo que significa que nuestra existencia se desarrolla desde el nacimiento y hasta la muerte. La cuestión es que el nacimiento –a diferencia de la muerte- no se produce de manera instantánea, sino que hay todo un período de gestación, que en el caso del ser humano demanda alrededor de nueve meses. ¿Qué pasa mientras tanto? Ese ser en gestación, ¿es un ser humano o no? Que no es un hombre como el ya nacido es evidente, porque ni siquiera respira por sí mismo; pero tampoco el ya nacido es totalmente equiparable al adulto, porque necesita ser alimentado, aunque ahora desde el exterior, por su boca. Además, es incapaz de valerse por sí mismo; durante años, aunque de manera decreciente, necesitará del concurso de otro para poder subsistir. La dependencia del ser humano en gestación respecto de su madre es mayor aún: hasta cierto momento no puede seguir viviendo sino dentro de su cuerpo.

Ahora bien, como el derecho romano no usaba nuestra categoría ‘sujeto de derecho’ y los seres humanos podían o no ser titulares de derechos según su *status*, los jurisconsultos romanos no se plantearon la cuestión, de manera general, desde cuándo comenzaba a existir ese hombre, sujeto de derecho, sino que se ocuparon del asunto tangencialmente, al tratar de dar solución a ciertos problemas que se presentaban como consecuencia de algunos institutos jurídicos específicos. Tal el caso de la *lex Iulia et Pappia Popaea*, del *senatusconsultum Tertullianum* o de la *adgnatio postumi*.

Como es sabido, a fines de la República se produjo una disminución de la natalidad que Augusto trató de revertir mediante el dictado de la *lex Iulia de maritandis ordinibus*⁵⁰ y de la *lex Pappia Popaea*⁵¹, las que reunidas en un texto único se conocen con el nombre de *lex Iulia et Pappia Popaea*. Dichas leyes trataban de favorecer el matrimonio y la procreación, sobre todo en materia sucesoria, mediante privilegios para los casados con hijos y desventajas para los

⁵⁰ 18 a.C.

⁵¹ 9 d.C.

célibes y los casados sin hijos⁵²: los *caelibes* perdían la totalidad de lo que les correspondiera en virtud de la herencia⁵³; los casados sin hijos (*orbi*), la mitad⁵⁴. Con el complemento de varios senadoconsultos, el régimen se mantuvo en vigor durante toda la época clásica. El hecho del nacimiento de un hijo resultaba, entonces, relevante.

En tiempos de Adriano, el senadoconsulto Tertuliano llamó a la madre a la herencia del hijo, con independencia del vínculo agnaticio, si siendo ingenua tuviese tres hijos y si liberta, cuatro, siempre que el hijo hubiere muerto sin dejar *liberi, parens manumisor*, ni *fratres consanguinei*⁵⁵. También a los fines del senadoconsulto era de interés lo relativo al nacimiento de hijos.

El antiguo derecho civil no establecía otra limitación a la facultad de disponer por testamento, para el caso que hubieran herederos *sui*, que su simple consideración, esto es la institución o la desheredación, so pena de invalidez⁵⁶. Como los descendientes nacidos después de la muerte del causante, que de haber nacido antes hubieran estado sometidos a su potestad, pertenecían también a la categoría de los *sui*⁵⁷, la omisión de institución o desheredación determinaba también la invalidez del testamento⁵⁸. Era necesario saber, entonces, si se estaba o no en presencia de un hijo póstumo, para lo cual era relevante el hecho del nacimiento.

En todos estos casos se planteaba la cuestión de si el que había nacido muerto o carente de forma humana debía ser computado a los fines de dichos institutos y las opiniones no eran uniformes porque eran diferentes los fines de cada uno de ellos. Así, por ejemplo, Ulpiano, en un pasaje extraído de su comentario a la *lex Iulia et Pappia Popaea*, dice que 'los nacidos muertos no son considerados nacidos, ni procreados, porque nunca pudieron ser llamados hijos'⁵⁹

⁵² Varones entre 25 y 60 años y mujeres entre 20 y 50, solteros o sin hijos.

⁵³ Ulpiano, 17.1.

⁵⁴ Ulpiano, 16.1; Gayo, 2.286^a

⁵⁵ Ulpiano, 26.8; I. 3.3.2 y 3; D. 38.7 [8].2.2 y 4; D. 38.17 [18].6 pr.

⁵⁶ Ulpiano, 22.14 y 16; Gayo, 2.123.

⁵⁷ Ulpiano, 22.15

⁵⁸ Ulpiano, 22. 16, 18, 19; Gayo, 2.130, 131, 132; D. 28.2.12.

⁵⁹ D. 50.16.129: *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videtur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.*

y el mismo jurista, en otro pasaje del mismo comentario, considera que cuenta a los fines de dicha ley, el parto portentoso o monstruoso, 'porque no hay cosa que se les impute a los que en la forma que pudieron se atemperaron a lo mandado y lo que sucedió por fatalidad no puede causarle perjuicio a la madre'⁶⁰, solución con la que discrepa Paulo en lo atinente al s.c. Tertuliano: no son hijos los carentes de forma humana⁶¹.

Se ha sostenido tradicionalmente que para el derecho romano, antes del nacimiento, no se estaba sino en presencia de una *pars mulieris*⁶² o de una "cosa inexistente"⁶³ y que si de alguna protección gozaba el *nasciturus*, lo era para beneficio del *pater* o, en el mejor de los casos, se trataba de una reserva de derechos para el caso del nacimiento con vida⁶⁴, momento a partir del cual recién podía ser considerado como titular de derechos. Nos proponemos analizar cuán cierto sea esto, para lo cual consideraremos distintas circunstancias.

Veamos los argumentos utilizados en tal sentido.

Uno de ellos es el pasaje de la Instituta de Gayo relativo al legado de cosas futuras, que textualmente expresa:

"Se puede también legar *per damnationem* una cosa que no existe (*res quae in natura non est*), siempre que pueda existir en el futuro, como por ejemplo: los frutos que nacerán en tal fundo o lo que nacerá de tal esclava (*quod ex illa ancilla natum erit*)"⁶⁵.

El jurista trata de señalar que algo que no está todavía en la naturaleza, pero que lo estará en el futuro según el curso natural de las cosas, puede ser objeto de legado, y ejemplifica con los frutos provenientes de un fundo o de una esclava. Si los hijos de la esclava, como los frutos de los predios, se

⁶⁰ D. 50.16.135: *Quaeret aliquis, si portentosum, vel monstruosum, vel debilem mulier ediderit, vel qualem visu, vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius magis animalis, quam hominis partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat; et magis est, ut haec quoque parentibus prosint; nec enim est, quod iis imputetur, quae, qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt; neque id, quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.*

⁶¹ 3.9.3: *Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit; non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.*

⁶² D. 25.4.1.1.

⁶³ Gayo, 2.203.

⁶⁴ D. 1.5.26.

⁶⁵ 2.203. En el mismo sentido, I. 2.20.7.

hacían de propiedad de su dueño, el hijo, aún no nacido sino en estado de gestación, bien podía ser objeto de legado, ciertamente sujeto a la condición que llegara a nacer. *Res quae in natura non est* no significa –ciertamente- que el feto no exista, sino que mientras esté en el vientre de su madre no es todavía un nuevo esclavo; recién cuando nazca lo será, aunque mientras tanto, como cosa futura pueda ser objeto de un legado.

Al mismo propósito responde el pasaje de Pomponio contenido en D. 30.24 pr.: “se puede legar lo que todavía no existe” (*quod in rerum natura adhuc non sit, legari possit*), utilizándose similares ejemplos: lo que hubiere parido tal esclava (*quidquid illa ancilla peperisset*), el vino que se haya producido en el fundo, etc.

Ocupándose de la Ley Falcidia, Pomponio, luego de referirse a los frutos percibidos después y que estuvieren maduros al tiempo de la muerte y que aumentan la estimación de la herencia⁶⁶, se ocupa del caso de la esclava embarazada y sostiene que al respecto no cabe efectuar ninguna distinción de tiempo, “porque el parto que aún no ha sido dado a luz no se dice con razón que sea un hombre”. No parece que el jurisconsulto pretenda negar la humanidad del feto, sino simplemente señalar que, en tanto no se produzca el nacimiento, no se está en presencia de un nuevo esclavo, y en este sentido usa la palabra *homo*, como sucede en otros pasos.

En estos casos, lo mismo que en D. 44.2.7.3, no se alude al futuro nacimiento de un ser humano libre, sino esclavo, quien, por su carencia de *status libertatis*, se aproximaba mas a lo que hoy llamamos objeto de derecho, que a su titular.

En D. 25.4.1.1, entre otras cosas, dice Ulpiano que “el parto (feto) antes que se de a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas”⁶⁷, expresión que ha sido usada para discutir la condición jurídica del *nasciturus*. En el *proemio* y en el

⁶⁶ D. 35.2.9 pr.

⁶⁷ El pasaje completo dice: *Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, Senatusconsulta de liberis agnoscendi locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnantem, vel etiam negaret; nec immerito, partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum; post editum plane partum a muliere iam potest iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi, aut ducere permitti, extra ordinem. Igitur Princeps in causa necessaria subvenit.*

parágrafo 1 del fragmento 1 de dicho libro y título, el jurisconsulto analiza un caso en que la mujer divorciada sostenía no estar embarazada, mientras su exesposo aducía lo contrario y recuerda la existencia de un rescripto según el cual tres parteras expertas debían revisar a la mujer y pronunciarse sobre la existencia o inexistencia del embarazo. Si se inclinaban por la afirmativa, correspondía disponer la guarda de la mujer; si por la negativa, debía rechazarse la petición del marido. Luego apunta que dicho rescripto determinaba la inaplicabilidad de los senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos cuando la mujer negaba el embarazo, toda vez que el hijo no había aún nacido, lo que una vez ocurrido daría lugar a que el padre podía pedir la exhibición del hijo o que le fuera entregado. Parece claro que se trata de un problema jurídico, atinente a la madre, no a la situación o condición del *nasciturus*.

La expresión *partus mulieris est portio vel viscerum*⁶⁸ no puede entenderse literalmente porque es evidente que el aún no nacido, si bien está dentro del cuerpo de la madre y como formando parte de él, no lo está de la misma manera que los órganos del cuerpo de la mujer y por consiguiente, razonablemente no puede ser equiparado a ninguno de ellos. Tanto es así que, como se verá *infra*, desde muy antiguo, muerta la mujer embarazada, no debía procederse a sepultarla hasta que el niño fuese extraído⁶⁹. A la misma razón obedecía la suspensión de la ejecución de la mujer encinta hasta tanto se produjese el parto⁷⁰. El feto, entonces, nunca fue considerado como una simple *portio mulieris* o una de sus vísceras porque si así hubiera sido estas precauciones no hubieran existido.

a) El derecho a nacer del *nasciturus*.

Analicemos, ahora otras circunstancias que podrían servir para sostener una tesis distinta.

1) El aborto.

En primer lugar, veamos lo relativo a la vida intrauterina misma. ¿Tuvo alguna protección entre los romanos? ¿Era lícito el aborto provocado?

⁶⁸ D. 25.4.1.1.

⁶⁹ D. 1.8.2.

⁷⁰ D. 1.5.18.

A tal efecto, no debe perderse de vista la singular estructura de la familia romana originaria, que no consistía en un conjunto de parientes sino en un organismo social, formado por un conjunto de personas y cosas, sometidos a un jefe (*pater*), quien concentraba en sí mismo la plenitud de poderes y derechos sobre esas personas y cosas⁷¹. En este esquema organizativo, el *pater* tenía un poder absoluto no sólo sobre las cosas, sino también sobre las personas sometidas a su potestad, que llegaba hasta la facultad de disponer de su vida⁷². En consecuencia, si el *pater* podía dar muerte impunemente al hijo ya nacido y sometido a su potestad, de la misma manera podía disponer la interrupción del embarazo de su esposa o de quien estuviese en lugar de hija suya. También podía, ciertamente, hacer abortar a su esclava, en tanto el hijo que estuviese gestando se convertiría al nacer en un nuevo esclavo suyo⁷³. En ambos casos, el *pater* no estaba disponiendo sino de lo que le pertenecía. Desde muy antiguo esta facultad fue siendo limitada⁷⁴, hasta su abolición por Constantino⁷⁵, quien incluso la castigó gravemente (*poena cullei*)⁷⁶. Pero, aún con las limitaciones posteriores, el *ius vitae necisque* fue un poder inherente a la *patria potestas*.

Pero la interferencia en el desarrollo del embarazo, aparte de las causas naturales (irrelevantes desde el punto de vista jurídico, ciertamente), podía provenir de una persona que no fuese el mismo *pater*, esto es, de la mujer embarazada o de un tercero. En estos casos, el derecho romano no se mantuvo ajeno a la protección de la vida de ese ser que aún no había nacido⁷⁷.

⁷¹ Véase BONFANTE, Pietro: *Corso di diritto romano. Vol. I: Diritto di famiglia*, ps. 7 y ss.; BETTI, Emilio: *Diritto romano. I: Parte generale*, p. 103 y ss. (Ver citas completas en Bibliografía).

⁷² Coll. 4.8.1.

⁷³ D.1.5.5.1 in fine; I. 1.3.4.

⁷⁴ Véase, D. 48.8.2; D. 11.7.35.

⁷⁵ C. 8.46.10. Véase C.Th. 4.8.6

⁷⁶ C.Th 9.15.1; C. 9.17.1). Sobre el punto puede verse: PUGLIESE, Giovanni: *Istituzioni di diritto romano*, p. 96; BIONDI, Biondo: *Istituzioni de diritto romano*, p. 567 y s.; LONGO, G.: *Diritto romano. Diritto di famiglia*. p. 115 y ss.; CASTELLO, Carlo: *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, p. 69 y ss. (Ver citas completas en Bibliografía)

⁷⁷ TAFARO, Sebastiano, habla del 'derecho a la vida', del 'derecho a nacer' del *nasciturus* (*Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana*, en *Revista de Derecho Privado Externado*, 17-2009, p. 179. Ver cita completa en Bibliografía).

Así, en los tiempos de Sila, se promulgó la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*⁷⁸ que sancionó penalmente a quien hubiese provocado el aborto de una mujer mediante la administración de alguna sustancia. Las penas no eran leves: el trabajo en las minas, para los *humiliores*; el destierro y la confiscación parcial de bienes, para los *honestiores*, aún cuando no hubiere mediado dolo. La pena se agravaba si del aborto provocado derivaba la muerte de la mujer, llegándose en tal caso al máximo suplicio⁷⁹.

Por su parte, los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero, dispusieron por rescripto que el marido podía obtener el reconocimiento del estado de embarazo de la esposa y la designación de *custodes* que la vigilaran para impedirle cualquier acción contraria al nacimiento del hijo que estaba gestando⁸⁰.

Posteriormente, en virtud de un rescripto de Septimio Severo y Caracalla, se autorizó el castigo de la mujer que hubiese provocado su propio aborto, mediante el destierro temporal⁸¹.

Justiniano, por su parte, autorizó al marido a repudiar a su mujer si ésta hubiese voluntariamente abortado⁸².

Si bien de todas estas medidas resultaba una protección a la existencia del *nasciturus*, de los propios textos surge que su finalidad, fundamentalmente, no era ella. En efecto, el crimen de *veneficis* castigaba a quien atentaba contra la vida o la salud de la mujer embarazada; los rescriptos de Marco Aurelio y Lucio Vero y el de Septimio Severo y Antonino Caracalla encontraban su fundamento en el interés del padre: en el primero, la mujer divorciada negaba el estado de embarazo, que afirmaba el exmarido; en el segundo, porque “puede parecer indigno que haya defraudado en tener hijos a su marido”⁸³. La Novela de Justiniano, aludía a la tristeza del esposo y la privación de la esperanza del hijo: “Porque si la mujer estuviese dominada por tanta maldad, que también de intento

⁷⁸ Ley Cornelia sobre los asesinos y envenenadores.

⁷⁹ Paulo, 5.23.14.

⁸⁰ D. 25.4.1 pr.

⁸¹ D. 47.11.4.

⁸² Nov. 22.16.1.

⁸³ D. 47.11.4 *in fine*.

procurara el aborto, y contristase al marido y le privara de la esperanza de hijos, ...”, reza el texto pertinente.

En un pasaje atribuido a Ulpiano, sobre cuya interpolación no existen discrepancias, se dice “que si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el Presidente de la provincia la mandará a destierro”⁸⁴. Como se ve, no hay aquí ya referencias a la salud de la mujer, ni a los derechos del padre, sino alusión al simple hecho del aborto, lo que demuestra la intención de sancionarlo por sí mismo. Parece claro que el bien jurídicamente tutelado es ahora la vida de la persona por nacer.

La relación precedente muestra, en nuestro criterio, que ya en el derecho de fines de la República hay una tendencia a evitar el aborto, que se manifiesta primero fundada en la salud de la mujer o en los derechos del padre, pero que luego, en la época de la compilación, cuando ya puede hablarse de un derecho romano cristiano, seguramente por influencia de la nueva fe, la protección aparece dirigida a la vida misma del *nasciturus*.

2) El desarrollo normal de la gestación.

Son varios, por otra parte, los expedientes tendientes a asegurar el desarrollo normal del embarazo hasta el momento del nacimiento.

Así, tenemos uno muy antiguo, ya que proviene de una ley regia, consistente en la prohibición de sepultar a la mujer embarazada antes que le fuese extraído el hijo, según se señala en D. 11.8.2. La finalidad protectora de la vida del *nasciturus* aparece expresada con claridad en la parte final del pasaje: “y el que hiciera lo contrario, se considera que con la embarazada mató la esperanza de que viviese aquél”.

Al mismo propósito responde la suspensión de la ejecución de la pena de muerte para la mujer encinta, mientras no hubiese parido, según lo dispuso un rescripto de Adriano⁸⁵, y la prohibición de que mientras tanto fuese sometida a eventual tortura y condena⁸⁶. La disposición de otro rescripto del mismo Adriano en el sentido de que se postergase hasta después del parto la acusación de

⁸⁴ D. 48.8.8.

⁸⁵ D. 1.5.18

⁸⁶ D. 48.19.3; Paulo 1.12.4

adulterio efectuada contra la mujer que había sido puesta en posesión de los bienes en nombre del *nasciturus*⁸⁷, procuraba también asegurar la vida de la persona por nacer.

Al mismo propósito respondió el rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero que autorizaba al marido a procurar el reconocimiento del estado de embarazo y la designación de personas ocupadas de controlar a la mujer, para evitar que realizara cualquier acto que pudiera influir negativamente en la evolución normal de la gestación⁸⁸.

Ese interés por mantener el embarazo y asegurar el posterior nacimiento con vida, reconoce también fundamento público pues, como se dice en D. 37.9.1.15, el niño no nace solo para el padre, sino ‘también para la república’.

3) Consecuencias jurídicas derivadas de la concepción.

La vida humana intrauterina, en otros aspectos, tampoco fue irrelevante para el derecho. Tal el caso de la condición senatorial, del *status*, de la designación de tutor testamentario, de la *adrogatio*, del *ius postliminii* y de la *testamenti factio* pasiva.

A los fines de la condición senatorial se tuvo en cuenta el estado al momento de la concepción⁸⁹. De la misma manera, tratándose de hijos provenientes de legítimo matrimonio, su *status* se determinaba a partir del momento de la concepción, mientras que el del nacimiento establecía el de los provenientes de una unión ilegal⁹⁰. Si bien el *status* del hijo de la esclava se fijaba al tiempo del nacimiento, la circunstancia que hubiera sido libre durante algún momento del embarazo, hacía que el hijo naciera libre⁹¹.

Así como era posible designar tutor para el menor en el testamento, también lo era respecto de aquél que al tiempo de la confección del testamento aún no hubiese nacido, siempre que hubiera sido ya concebido y que de nacer, viviendo el testador, hubiesen de estar bajo su potestad⁹². En tal caso, la

⁸⁷ D. 37.9.8.

⁸⁸ D. 25.4.1 pr.

⁸⁹ D. 1.9.7.1 in fine.

⁹⁰ Ulpiano, 5.10; Gayo, 1. 84, 88-92.

⁹¹ D. 1.5.5.2-3; Paulo, 2.24.1-3

⁹² D. 26.2.1.1; eodem, 5 y 6; I. 1.13.4; I. 1.14.5.

designación producía efectos una vez que se hubiera producido el nacimiento con vida⁹³.

En materia de *adrogatio*, cabe señalar que pasaban bajo la potestad del *adrogator* no solamente el arrogado y sus bienes, sino también, los hijos que estuviesen bajo la *patria potestas* de éste, incluidos los que a ese momento se encontrasen en el seno materno⁹⁴.

Esta asimilación del *nasciturus* al ya nacido se daba también respecto del *ius postliminii*. En efecto, en D. 1.5.26, luego de señalarse que “los que están en el útero se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos” porque a ellos se restituye la herencia legítima, se agrega “y si una mujer embarazada hubiera sido hecha prisionera por los enemigos, lo que hubiere nacido tiene el derecho de postliminio y sigue también la condición del padre o de la madre”⁹⁵

b) La protección patrimonial de la persona por nacer.

1) La *testamenti factio* pasiva

Antes del nacimiento, las únicas posibilidades de que el *nasciturus* tuviese alguna expectativa patrimonial eran la herencia, el legado y el fideicomiso.

El *pater*, al testar, debía instituir o desheredar a los herederos suyos, justamente porque la finalidad esencial del testamento era la institución de heredero⁹⁶. Ahora bien, esa institución o desheredación podía recaer sobre individuos ya nacidos o sobre los que aún no habían sido dados a luz. Si bien es cierto que en una primera época, los *postumi* (los nacidos *post patris mortem*, al decir de Festo; *quis post mortem parentis nascuntur*, según Ulpiano⁹⁷) no podían ser instituidos herederos por considerárselos *incertae personae*⁹⁸, paulatinamente fueron admitiéndose excepciones. La primera fue respecto de los *sui*, esto es

⁹³ D. 26.2.19.2.

⁹⁴ D. 1.7.15 pr.

⁹⁵ El fragmento continúa ocupándose del caso de la esclava embarazada que hubiera sido hurtada y pariera, el nacido no podría ser usucapido por tratarse de una cosa hurtada, aun cuando estuviese en poder de un poseedor de buena fe.

⁹⁶ D.28.3.1; D. 28.5.1 pr.

⁹⁷ D. 28.3.3.1.

⁹⁸ Gayo, 2.242. Sobre la extensión inicial de la prohibición, véase BIONDI, Biondo: *Trattato di diritto romano. Successioni testamentaria. Donazioni* p. 114; FADDA, Carlo: *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 1ª Parte, ps. 150 y ss. (Ver citas completas en Bibliografía).

aquéllos que naciendo quedarían bajo la *potestas* del *pater* si no hubiera muerto. Ya que los *sui heredes* debían ser instituidos o desheredados nominativamente bajo pena de invalidez del testamento⁹⁹, y como entre ellos estaban comprendidos los *postumi*¹⁰⁰, la antigua jurisprudencia admitió la posibilidad de contemplar al *nasciturus*, siempre que naciera y fuera *heres suus* a la muerte del *pater*¹⁰¹, posiblemente para evitar el inconveniente que significaba morir intestado¹⁰². En la época republicana, Gallo Aquilio consideró admisible la institución de heredero del póstumo de un hijo propio sujeto a su potestad y muerto antes que él, que naciendo habría sido *suus* del testador¹⁰³ y, posteriormente, la ley Iulia Vellea del 26 o 28 d.C., permitió instituir a los póstumos nacidos después de la confección del testamento y que se pudiese contemplar al descendiente del testador, vivo cuándo éste testó, y que deviene *suus* a la muerte del *suus* precedente¹⁰⁴. Luego se admitieron los *postumi Iuliani*, esto es los nacidos y devenidos *sui* después del testamento por la premoriencia de un *suus* inmediato¹⁰⁵.

En cuanto a los *postumi alieni*, esto es los nacidos fuera de la familia del testador, el *ius civile* los consideró incapaces de ser instituidos herederos dada su condición de *incertae personae*¹⁰⁶, pero el pretor les otorgó la *bonorum possessio*¹⁰⁷.

Finalmente, Justiniano estableció el principio general de que todo póstumo, fuese *suus* o *alienus*, podía ser contemplado en un testamento¹⁰⁸.

A la persona por nacer, en tanto *sui heres*, también se le reconoció vocación hereditaria *ab intestato*¹⁰⁹, siempre, por cierto, que naciera con vida,

⁹⁹ Ulpiano, 22.14; Gayo, 2.123; I. 2.13 pr.

¹⁰⁰ Ulpiano, 22.15; Gayo, 2.130-131.

¹⁰¹ Ulpiano, 22.19; D. 28.3.3 pr. y 1.

¹⁰² Véase FADDA, Carlo: *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 1ª Parte, ps. 153 (Ve cita completa en Bibliografía).

¹⁰³ D. 28.2.29 pr.

¹⁰⁴ D. 28.2.29.11-14.

¹⁰⁵ D. 28.2.29.15.

¹⁰⁶ Gayo, 1.147; 2.241-242.

¹⁰⁷ D. 37.11.3; I. 3.9 pr.

¹⁰⁸ C. 6.48.1; I. 2.20.26-28.

¹⁰⁹ Gayo, 3.1 y 4; Paulo, 4.8.4 y 8; Coll. 16.2.1; I. 3.1.2; D. 37.9.7 pr.

porque 'se estima que el concebido de alguna manera existe' (*quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*)¹¹⁰.

Los testimonios de las fuentes a este respecto son numerosos, pero es suficiente recordar a Ulpiano cuando dice que "por la ley de las XII Tablas era admitido a la herencia legítima el que estaba en el claustro materno, si hubiere sido parido"¹¹¹; y a Juliano, quien afirma que "el concebido después de la muerte de su abuelo no puede obtener ni la herencia legítima de éste como heredero suyo, ni la posesión de bienes como cognado, porque la ley de las XII Tablas llama a la herencia al que existiera al morir aquel de cuyos bienes se trata"¹¹², "o si viviendo éste fue concebido, porque se estima que el concebido existe en cierto modo", según dice un pasaje atribuido a Celso¹¹³ y que completa el pensamiento de Juliano. Asimismo, cabe mencionar los casos contemplados por Ulpiano en D. 28.3.5 y 6 pr.

En definitiva, heredero podía ser no sólo el ser humano ya nacido, sino también el que aún se encontraba en el seno materno, siempre que ya hubiese sido concebido al tiempo de la muerte del causante¹¹⁴.

En lo referido al legado, la antigua prohibición de contemplar un póstumo no fue modificada, al no presentarse aquí el inconveniente de la invalidez del testamento y la falta de institución de heredero. La prohibición es atestiguada por Gayo en el §241 del segundo comentario de sus Instituciones y el pretor se abstuvo de dar valor a un legado nulo *iure civile*, seguramente por la razón antes apuntada.

Con relación al fideicomiso, cabe señalar que originariamente era posible disponerlo en favor de una persona incierta o aun no nacida, pero un senadoconsulto del tiempo de Adriano extendió a su respecto la prohibición existente para el legado¹¹⁵, sugerida tal vez por la consideración que el fideicomiso

¹¹⁰ D. 38.16.7.

¹¹¹ D. 38.16[17].3.9. Véase FADDA, Carlo: FADDA, Carlo: *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 1ª Parte, ps. 140 y ss. (Ver cita completa en Bibliografía).

¹¹² D. 38.16[17].6

¹¹³ D. 38.16[17].7: *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum naturam esse existimantur.*

¹¹⁴ D. 37.9.10; I. 2.20.28

¹¹⁵ Gayo, 2.287.

a favor del póstumo o de una persona incierta podía muchas veces dar lugar a fraudes¹¹⁶.

Como se señalado *supra*, Justiniano, según se dice en I. 2.20.27, reguló todo lo relativo a los póstumos en una constitución griega que fragmentariamente aparece consignada en el libro sexto del Código, bajo la rúbrica *de incertis personis* (título 48) y conforme a la cual era ya posible contemplar cualquier póstumo en el testamento.

2) La *bonorum possessio* y el *curator ventris nomine*.

La posibilidad de heredar, reconocida a la persona por nacer, fue asegurada en virtud de la actividad del Pretor, mediante una *bonorum possessio*, la *ventris nomine*, y la designación de un *curator*, el *ventris nomine*, asuntos a los que el Digesto dedica especialmente el Título 9 del Libro 37, cuya rúbrica reza “*De ventre in possessionem mittendo, et curatore eius*”¹¹⁷. Como es característico en el derecho romano, tampoco aquí la protección jurídica aparece simplemente proclamada, sino que es efectivamente confirmada con los medios concretos de proceder que la determinan.

Según se señala en D. 42.4.1, tres son de ordinario las causas por las que se suele poner en posesión: para conservar una cosa, para conservar los legados y por razón del que está en el vientre o claustro materno (*ventris nomine*).

El edicto, recogido por Ulpiano en D. 40.4.13.3 disponía: *ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo* es decir, “mandaré que esté en posesión, junto con los hijos, el que está en el vientre” (o claustro materno), mientras que en el primer fragmento de D. 37.9, el mismo jurisconsulto refiere la preocupación del pretor, no sólo por los hijos ya nacidos, sino también por los aún no nacidos (*qui nondum nati sint, ventrem*), poniendo a unos y otros en posesión de los bienes hereditarios: “Siempre y cuando es admitido alguno *ab intestato*, es admitido también el que está en el vientre, por supuesto, si el que está en el útero fuere tal que pudiere pedir la posesión de los bienes, si viviese, de suerte que en toda las

¹¹⁶ Véase BIONDI, Biondo: *Trattato di diritto romano. Successioni testamentaria. Donazioni* p. 119 (Ver cita completa en Bibliografía).

¹¹⁷ De la posesión que se ha de dar al que está en el vientre (materno) y a su curador.

partes del Edicto sea considerado como ya nacido con vida (*superstite*) el que está en el útero¹¹⁸.

Cabe señalar que la terminología de las fuentes no es unitaria toda vez que mientras en algunos pasajes se alude al *nasciturus* como puesto en posesión¹¹⁹ -designándolo como *qui in utero es, qui in ventre est*, simplemente *venter* o *spes nascendi*¹²⁰- en otros se señala a su madre como la destinataria de la *missio in possessionem*¹²¹. Sin embargo, de todos los pasajes que se ocupan del asunto resulta claro que el beneficiario de la *missio* era el ser en gestación, para cuya protección se estableció el remedio pretorio, y no su madre, quien resulta considerada en tanto y en cuanto porta en su seno al *nasciturus*.

El supuesto fáctico de esta *missio in possessionem* era el de la mujer embarazada al momento de la muerte del causante¹²², quien debía poner en conocimiento del embarazo a quienes les interesare el asunto (herederos testamentarios o *ab intestato*, por ejemplo), a fin de que, si quisieren, hicieren las constataciones pertinentes, en las condiciones fijadas por el magistrado y que se detallan en D. 25.4.1.10¹²³. El Pretor hablaba de *mulier* y no de *uxor*, porque como se dice en D. 37.9.1.10, bien podía suceder que al tiempo de la muerte del causante, ya se encontrase disuelto el matrimonio entre éste y quien pedía la *missio*.

El hijo en gestación, quien una vez nacido se convertiría en uno más de los *sui heredes*, era puesto en posesión de los bienes hereditarios¹²⁴, junto con los demás, procurando de esta manera la conservación del patrimonio hereditario. La finalidad protectoria del *nasciturus* es expresada con claridad: “es más equitativo que alguna vez se hagan inútilmente gastos, que en alguna ocasión se le

¹¹⁸ D. 37.9.7 pr.

¹¹⁹ Así, por ejemplo: D. 37.9 Rúbrica; D. 37.9.1 pr., 2, 3, 5, 9, 11; eodem, 7 pr., 1, 2; eodem, 9; D. 5.4.3; D. 10.3.7.8; D. 36.4.7; D. 38.17.2.11; D. 40.4.13.3; D. 42.4.7.10; D. 43.4.3.2, etc.

¹²⁰ D. 37.9.1 pr., 9, 18

¹²¹ Por ejemplo: D. 37.9.1.8, 14, 16, 19; eodem, 8; D. 25.5 Rúbrica.

¹²² D. 37.9.1.1

¹²³ Véase D. 25.4.1.12,14.

¹²⁴ D. 37.9.1.2.

denieguen los alimentos al que en algún caso ha de ser dueño de los bienes”¹²⁵; “es preferible que en la incertidumbre de lo que nacerá sea alimentado también el que haya sido desheredado, que no que sea muerto de hambre el que no haya sido desheredado”¹²⁶; “porque en la incertidumbre es mas conveniente que sea alimentado el que está en el claustro materno”¹²⁷; “porque al feto se lo favorece para que sea dado a luz”¹²⁸.

La mujer era quien debía pedir la *missio* en cuestión y aunque se cuestionara su condición de libre, la existencia del embarazo o la paternidad legítima del causante, debía serle otorgada¹²⁹.

El estado de embarazo debía existir tanto al momento de la muerte del causante como al tiempo de formulación del pedido de la *missio*¹³⁰ y en el caso de dos mujeres embarazadas sucesivamente por el mismo hombre luego fallecido, procedía la *missio* en favor de ambas¹³¹. Si la mujer hubiese pedido la *missio in possessionem ventris nomine calumniae causa*, es decir sabiendo la inexistencia del embarazo, procedía *actio in factum* en su contra, si era *sui iuris* o contra su *pater* si era cómplice del dolo¹³². Dicha *actio* podía ser intentada, dentro del año¹³³ por quien tuviese interés en que no se otorgara la *missio*, como podría ser un coheredero¹³⁴, y acarreaba la tacha de infamia¹³⁵.

Ahora bien, la *missio in possessionem ventris nomine* no excluía la posesión de los otros herederos del causante, ya que lo que tenía en vista el magistrado era la cuota del *nasciturus* y por eso es que mandaba que entrara en posesión “junto’ con los *liberi*”¹³⁶. Acertadamente se ha señalado¹³⁷ que, aunque a

¹²⁵ D. 37.9.1.2 in fine: ... *aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.*

¹²⁶ D. 37.9.1.3 in fine: ... *satius est enim sub incerto eius, qui edetur, ali etiam eum, qui exheredatus sit, quam eum, qui non sit exheredatus, fame necari, ...*

¹²⁷ D. 37.9.1.5 in fine: ... *posse ventrem in possessionem mitti, quia sub incerto utilius est, ventrem ali.*

¹²⁸ D. 37.9.1.15: ... *partui enim in hoc favoretur, ut in lucem producat, ...*

¹²⁹ D. 43.4.3.3; D. 37.9.1.14 y 15.

¹³⁰ D. 39.7.1.1.

¹³¹ D. 37.9.1.16.

¹³² D. 25.6.1.2 y 12.

¹³³ D. 25.6.1.3.

¹³⁴ D. 25.6.1.6.

¹³⁵ D. 3.2.15-19.

¹³⁶ D. 40.4.13.3.

primera vista una *bonorum possessio* podría parecer más ventajosa que la *missio*, en el caso del *nasciturus* sería inconveniente, ya que al no decretarse la medida a su nombre sino al de su madre, podría ésta usucapir las cosas de la herencia; en cambio, la *missio in possessionem* no le otorgaba la *possessio ad usucapionem*, ni *ad interdicta*. En efecto, aunque el edicto hablaba de *in possessionem esse*, no se trataba de la posesión en sentido técnico, exclusiva y excluyente, sino en realidad de la *custodia et observatio*, es decir de la posibilidad de cuidar y vigilar materialmente los bienes hereditarios, como sucedía con la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* respecto del edificio que amenazaba ruina¹³⁸. Así se dice expresamente en D. 42.4.12 y en D. 41.2.3.23, mientras que, de manera consecuente, en D. 43.17.3.8 se veda el ejercicio del interdicto *uti possidetis* en casos como el que nos ocupa y en D. 6.1.9 se señala que contra el *missus ventris nomine* no procedía la *reivindicatio*.

Contra la mujer *missa in possessionem* que transfería a otro la posesión de una cosa mueble del patrimonio hereditario, con dolo malo¹³⁹ -entendiéndose por tal la que para engañar a otro lo ponía en posesión clandestinamente y con alguna maquinación¹⁴⁰- se concedía una *actio in factum*, perpetua¹⁴¹ y reipersecutoria¹⁴². Si la mujer era hija de familia, la *actio* procedía contra el *pater*, si algo hubiere ido a sus manos¹⁴³.

Dispuesta la *missio in possessionem ventris nomine* a favor de la mujer embarazada, a pedido suyo o de los acreedores de la herencia, se procedía al nombramiento no de un tutor sino de un curador¹⁴⁴: el *curator ventris bonorumque* (curador del vientre y de los bienes) o bien de uno para la protección del *nasciturus* (*curator ventris*) y otro para el cuidado de los bienes (*curator*

¹³⁷ SAMPER POLO, Francisco: *Spes animantis. La protección del feto en el derecho romano clásico*, en Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 22-2012, p. 134 (Ver cita completa en Bibliografía)

¹³⁸ D. 39.2.15.20 y 23.

¹³⁹ D. 25.5.1.1.

¹⁴⁰ D. 25.5.2 pr.

¹⁴¹ D. 25.5.1.4.

¹⁴² D. 25.5.1.2 y 4

¹⁴³ D. 25.5.1.5.

¹⁴⁴ D. 26.5.20.

bonorum)¹⁴⁵, pudiendo designarse varios si las circunstancias del caso lo aconsejasen¹⁴⁶.

El *curator* se elegía entre los tutores que habían sido nombrados para el *nasciturus*, o entre los agnados o afines, o amigos del causante o, en fin, entre los acreedores, siempre que se tratase de personas idóneas y si se discutía tal calidad, la designación debía recaer en un *vir bonus*¹⁴⁷, es decir una persona correcta y diligente en la atención de sus negocios.

Era menester que el designado diese fianza por su desempeño, salvo que hubiese sido nombrado luego de la pertinente *inquisitio*, porque mediante ella el magistrado debió considerarlo idóneo u honesto¹⁴⁸.

Como ocurría con el tutor, el *curator ventris* no podía excusarse de aceptar el cargo, salvo que concurriese alguna de las causas que se admitían a tal efecto, como la edad, cantidad de hijos, etc.¹⁴⁹ Pero, a diferencia de aquel y del curador del demente, menor o pródigo, quienes tenían la administración de las cosas del pupilo (*administratio rerum*), al *curator ventris bonorum* se le confiaba sólo la custodia o cuidado del patrimonio hereditario (*custodia rerum*), a cuyo fin debía proceder con la diligencia (*officium*) exigida a los tutores y demás curadores¹⁵⁰. Así, debía ocuparse de la venta de los bienes que se pudiesen deteriorar¹⁵¹; evitar que las cosas de la herencia pudieran ser usucapidas por terceras personas y que los deudores se liberaran en virtud de la prescripción¹⁵², como también atender el pago de las deudas, especialmente las garantizadas con prendas o cláusula penal¹⁵³.

Con relación a la mujer embarazada y a su hijo en gestación, el curador debía proveerles todo lo necesario para su vida con miras al alumbramiento. Así, debía proporcionar alimentos, vestido, vivienda, tanto para la mujer cuanto para

¹⁴⁵ D. 37.9.1.17.

¹⁴⁶ D. 37.9.1.18.

¹⁴⁷ D. 37.9.1.23. Respecto de tutores y curadores: D. 26.7.33 [32-34]: 'la misma diligencia que un padre de familia debe de buena fe poner en sus propios asuntos (*rebus*)'.

¹⁴⁸ D. 27.10.8. Véase: Gayo, 1, 199-200; D. 46.6.1-4, 6, 9, 12; C. 5.75.5.

¹⁴⁹ D. 27.1.2, 3, 4, 5, etc.

¹⁵⁰ D. 37.9.1.22.

¹⁵¹ D. 26.7.48 [47/49].

¹⁵² D. 37.9.1.21.

¹⁵³ D. 37.9.5.1.

sus esclavos, según las posibilidades económicas y posición social del causante¹⁵⁴ y sin perjuicio de que tuviese dote, porque se consideraba que los alimentos se prestan al *nasciturus* mismo¹⁵⁵. Para la atención de estos gastos, que posteriormente se deducirían como deudas de la herencia¹⁵⁶, el curador debía echar mano primero al dinero efectivo que existiera y a aquellas cosas cuya conservación, por su naturaleza y condiciones, “producen más gastos que frutos”¹⁵⁷.

Tratándose de inmuebles, la *missio in possessionem ventris nomine*, como todas las demás *missiones in possessionem*, contra los actos de violencia que impedían la entrada en posesión o determinaban su expulsión¹⁵⁸, gozaba de la protección del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*¹⁵⁹. Respecto de las cosas muebles, cabía una *actio in factum*, anual y penal, por cuya causa no procedía contra los herederos¹⁶⁰.

3. Conclusiones

En base a todo lo hasta aquí dicho, parece posible intentar algunas conclusiones.

a.- En derecho romano no cabe preguntarse si el *nasciturus* es o no una “persona jurídica” o si la existencia de la “persona jurídica” comienza con la concepción o con el nacimiento, porque el concepto de “persona” como “sujeto de derecho” es ajena a dicho orden jurídico. En todo caso, debe preguntarse acerca de cuándo comienza la existencia del ser humano y con qué consecuencias jurídicas.

b.- El *nasciturus* no es una simple parte o víscera de la madre, desde el momento que se toman medidas tendientes para asegurar su nacimiento, según el curso natural de las cosas.

¹⁵⁴ D. 37.9.1.19; eodem, 4.

¹⁵⁵ D. 37.9.5 pr.

¹⁵⁶ D. 37.9.9.

¹⁵⁷ D. 37.9.1.20.

¹⁵⁸ D. 43.4.1.3; eodem, 3.2.

¹⁵⁹ D. 43.4.1 pr. y 2.

¹⁶⁰ D. 43.4.1.8.

c.- La protección del *nasciturus* parece haberse establecido primeramente en atención a los derechos del *pater* o de la república (*respublica*), pero es indudable que en el derecho justiniano lo está ya en beneficio de él mismo.

d.- Aunque desde siempre hubo una tendencia a la equiparación del *nasciturus* al ya nacido, acentuada en la compilación de Justiniano, su situación jurídica no llegó a ser idéntica a la del ya nacido: mientras éste podía ser ya titular de derechos y obligaciones, el *nasciturus* los adquiría sujetos a la condición de que naciera vivo o como dicen las fuentes: le eran acordados “en su exclusivo provecho”, sin que pudiera derivar en beneficios para terceros: “Los que están en el útero se considera en casi todo el derecho civil que son como los nacidos”¹⁶¹; “el que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviera vivo (*in rebus humanis esset*), siempre que se trate de las conveniencias de su propio parto, aunque antes de nacer, de manera alguna favorezca a un tercero”¹⁶²; “lo que decimos, que el que se espera que nazca es tenido por ya nacido (*superstite*) es verdad siempre y cuando se trate del derecho de él mismo, y no aprovecha a otros sino habiendo nacido”¹⁶³.

e.- En definitiva, para el derecho romano, la existencia del ser humano comienza con la concepción, aunque el reconocimiento de los derechos que puedan asistirle no sea instantáneo y definitivo, sino provisional y progresivo. No debe perderse de vista que el nacimiento como *alieni iuris*, no concede sino los derechos propios de la ciudadanía y de ninguna manera los propios del sujeto *optimo iure* que era el *pater*.

4. Bibliografía

ALBERTARIO, Emilio: *Il diritto romano*. Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1940.

¹⁶¹ D. 1.5.26

¹⁶² D. 1.5.7

¹⁶³ D. 50.16.231.

ALVARADO CHACÓN, Joaquín Rafael: *La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina*, 2ª. parte. www.servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc25/25

AMBROSINUS, Rudolphus: *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*. Milano, Giuffrè, 1942.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Istituzioni di diritto romano*, 9ª. Ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1947.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Instituciones de derecho romano*. Trad. de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires, Depalma, 1973.

ARIAS RAMOS, J.: *Derecho romano*. 8ª. ed. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960.

ARNÒ, Carlo: *Corso di diritto romano. Diritto ereditario*. Anno accademico 1937-38. Torino, Giappichelli, s/f.

BACCARI, María Pía: *Siete notas por la vida*. Consultada en mayo de 2013. www.revistapersona.com.ar/Persona33/33.Baccari.htm

BETTI, Emilio: *Diritto romano. I: Parte Generale*. Padova, CEDAM, 1935.

BIALOSTOSKY, Sara: *Panorama del marco jurídico que ha reglamentado a la persona del concebido (nasciturus) desde el derecho romano al derecho positivo mexicano en El derecho de familia. De Roma al derecho actual*. Huelva, Ramón López-Rosa, Felipe del Pino-Toscano, editores. Universidad de Huelva, 2004.

BIONDI, Biondo: *Istituzioni di diritto romano*. Ristampa della 4ª. ed., Milano, Giuffrè, 1972.

BIONDI, Biondo: *Successione testamentaria. Donazioni en Trattato di diritto romano*, diretto da Emilio Albertario. Milano, Giuffrè, 1943.

BONFANTE, Pietro: *Corso di diritto romano*, vol. I *Diritto di famiglia*. Ristampa della I ed., Milano, Giuffrè, 1963.

BRUGI, Biagio: *Istituzioni di diritto romano. Diritto privato giustiniano*. 3ª. ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926.

CAMUS, E.F.: *Curso de derecho romano. Sucesiones*. La Habana. Dpto. de Publicaciones Fac. de Derecho, 1938.

CAMUS, E.F.: *Curso de derecho romano. Personas y derecho de familia*. La Habana. Dpto. de Publicaciones Fac. de Derecho, 1940.

CATALANO, Pierangelo: *Osservazione sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, en *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, G. Giappichelli, 1990.

CANTUARIAS DALL'ORSO, Gil Jorge: *El nasciturus*. IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Xalapa (Veracruz) México, 18/20 de agosto de 1994.

CASTELLO, Carlo: *La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo in diritto romano* en *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1948.

CASTELLO, Carlo: *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*. Milano, Giuffrè, 1942.

CORNIL, Georges: *Droit romain*. Bruxelles, Imprimerie Médicale et Scientifique SA, 1921.

COSTA, José Carlos: *El derecho de familia y de las personas en Roma*. Buenos Aires, ed. Estudio, 1997, ps. 34 y ss.

COSTA, José Carlos: *Manual de derecho romano público y privado*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

COSTA, José Carlos y GINÉS GARCIA, Ricardo: *La situación jurídica del 'nasciturus' en el derecho romano y su influencia en A.T. Freitas y D. Vélez Sarsfield*. Ponencia presentada a las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, septiembre de 1991.

CUQ, Édouard: *Manuel des institutions juridiques des romains*. Paris, Plon-Nourrit et Cie., 1917.

DÍAZ, Eusebio: *Instituciones de derecho romano*. 6ª. ed., Barcelona, S.A. Horta I.E., 1947, t. I.

DI MARZO, Salvatore: *Istituzioni di diritto romano*, 5ª. ed., Milano, Giuffrè 1946.

DI PIETRO, Alfredo: *Derecho privado romano*. Buenos Aires, Depalma, 1996.

D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*. 8ª. ed., Pamplona, Edic. Universidad de Navarra SA, 1991.

ELIACHEVITCH, Basile: *La personnalité juridique en droit privé romain*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942.

ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiliano: *Manual de derecho romano*. 3ª. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, T. I.

FADDA, Carlo: *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano*. Parte prima. Napoli, Pierro ed., 1900.

FADDA, Carlo: *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano*. Parte seconda. Napoli, Pierro ed., 1902.

FERRINI, Contardo: *Manuale di Pandette*. 4ª. ed. Milano, Società Editrice Libreria, 1953.

GHIRARDI, Juan Carlos: *Derecho Romano I*. 3ª. ed., Córdoba, Eudecor, 1999.

GHIRARDI, Juan Carlos en *Manual de Derecho Romano*, Córdoba, Eudecor, 1999.

GIRARD, Paul Frédéric: *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau – Rousseau et cie., 1918, ps. 205 y 240.

HEUMANN, H.: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1907.

IGLESIAS, Juan: *Instituciones de derecho romano*. Barcelona, s/ed., 1950, t. I.

ISLAS COLIN, Alfredo: *El aborto en el derecho romano*. www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae

KASER, Max: *Derecho romano privado*. Trad. de la 5ª. ed. alemana por José Santa Cruz Teijeiro. Madrid, Reus, 1968.

LONGO, G.: *Diritto romano. Diritto di famiglia*. 2a. ed. Roma, Soc. Ed. del 'Foro Italiano' 1953.

KEEGAN, Mirta N. y GUILLÉN, Andrés N.: *Situación jurídica del 'nasciturus' en el derecho romano y en la legislación argentina*. Ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano.

MAYNZ, Charles: *Cours de droit romain*. 4e. éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie., 1876, t. I.

NAMUR, P.: *Cours d'Institutes e d'histoire du droit romain*. 3e. éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie., 1878, t. I.

PACCHIONI, Giovanni: *Corso di diritto romano*. Vol. 2do., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1910.

PACCHIONI, Giovanni: *Manuale di diritto romano*. 3ª. ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1935.

PEÑA GUZMAN, Luis Alberto y ARGÜELLO, Luis Rodolfo: *Derecho romano*. 2ª. Ed., Buenos Aires, T.E.A., 1966.

PUGLIESE, Giovanni (SITZIA, Francesco, VACCA, Letizia): *Istituzioni di diritto romano*. 3ª. ed., Torino, Giappichelli, 1991.

RIZZI, Miguel Ángel: *Tratado de derecho privado romano*. Buenos Aires, Jesús Menendez Ed., 1936.

RUSSOMANNO, Mario César: Exposición efectuada sobre 'Persona' en el ciclo de mesas redondas desarrolladas durante 1990 como contribución académica para las XIII Jornadas de Derecho Civil. Temas de Derecho Civil III, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1991, p. 161 y ss.

RUSSOMANNO, Mario César: *Curso de instituciones de derecho romano*. Parte general. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.

SAMPER POLO, Francisco: *Spes animantis. La protección del feto en el derecho romano clásico*. Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 22-2012, pp.131-136. Consultada en mayo del año 2013, en

www.revistaehi.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/21888/23201

SCHULZ, Fritz: *Derecho romano clásico*. Trad. de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, Bosch, s/f., ps. 72, 248 y 256.

D) LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO¹⁶⁴

1. La Antropología

Tal como afirma Ayllón, “Dos palabras – animal racional- bastan para definir al ser humano, pero todos los libros del mundo no serían suficientes para comprenderlo.”¹⁶⁵. El don de la razón hace de este animal tan particular que es el hombre, un sujeto con intereses sociales, éticos, culturales, religiosos, económicos; un ser con sentido de trascendencia y de existencia. Por ello es que el estudio de la naturaleza humana pasa por el estudio de las características que lo definen, su naturaleza animal y la naturaleza racional.

Pero es la razón, es decir, su inteligencia para discernir, la que le dona al ser humano su particular condición de persona. Persona (*προσωπον*), refiere tanto a aquel que representa un papel en la escena teatral, como la interioridad subyacente tras la fachada de lo corpóreo. La razón abre al ser humano el portal de lo trascendente y le brinda la posibilidad de conocer aquello que no se presenta en el mundo empírico, pero que lo rige, y es esta posibilidad de trascendencia la que hace de cada ser humano un ser creado y querido *per se*, por lo que cada hombre es un fin en sí mismo, merecedor de respeto y protección.

Y porque cada hombre constituye un fin en sí mismo, se establece como objeto preferente y particular de estudio para la misma razón que lo contempla.

El término “antropología” fue acuñado por O. Casmann en 1596, pero la antropología, en tanto campo disciplinar específico, fue fundada por Max Scheler, y puede entenderse como la disciplina, o la parte de la filosofía, que se interroga acerca de la naturaleza del ser humano; es decir el lugar intelectual en el que el hombre se pregunta por su propia esencia, y la razón de su existencia.

¹⁶⁴ Por el Dr. Jorge Bruzzone.

¹⁶⁵ Ayllón, José Ramón; **Antropología filosófica**; Ariel, Barcelona, 2011, pg. 44.

En realidad, la antropología o, al menos, la preocupación antropológica, nació en aquel instante en que se grabó, en el templo de Delfos, el clásico mandato “*Conócete a ti mismo.*”, expresión prescriptiva que impone, por una parte, una supremacía de la razón por sobre los argumentos meramente autoritativos y empíricos, una centralidad de lo humano en la voluntad y posibilidad del conocer.

La antropología asume como postulados fundamentales la diversidad cultural y la unidad psíquica de la humanidad. El reconocimiento de la diversidad no implica tan solo un conocimiento de las múltiples formas de organización que adoptan las sociedades humanas, también es un compromiso por el que otorga la misma condición de seres humanos a todos los miembros de otros grupos, por dispares que sean sus comportamientos respecto a lo que se considera normal o normativo en una sociedad determinada.

Dicho ello podemos afirmar que la antropología jurídica, intenta una aproximación al concepto de hombre que informa a un determinado sistema jurídico, o a una concepción de lo jurídico.

2. La base filosófica de la idea de hombre

Intentar una antropología jurídica impone considerar al hombre inmerso en el universo de las relaciones sociales regidas por ciertos patrones de conducta que permiten la convivencia del grupo organizado en una determinada estructura de poder. En este estado el animal racional se eleva a la condición de animal político (*ζῷον πολιτικόν*). La principal preocupación del animal político es, discernir por aplicación de la luz natural de la razón, cual es la manera más humana de ejercicio de la autoridad.

Conviene, entonces, al menos de manera somera, recorrer el tránsito que la idea de hombre padeció hasta estacionarse en el derecho romano e informar su concepción jurídica, y para ello no puede obviarse una referencia a la tradición filosófica griega, germen intelectual que informará indubitablemente la construcción jurídica romana a partir de mediados del siglo II a.C. con objeto y métodos propios. Acotemos, a los fines del presente trabajo, a las ideas

antropológicas de las denominadas “escuelas morales menores” y sus referentes previos.

Epicteto expresaba “...tú centella eres de Dios...”¹⁶⁶, introduciendo la idea de la participación de lo humano en la naturaleza divina, y con ello, la dimensión trascendente de lo humano. El hombre, para Epicteto, no es un ingrediente accidental en la naturaleza, sino, por el contrario, una centralidad determinada por su participación en lo divino. Lo divino está en cada hombre y esta participación en la naturaleza de lo divino impone al mismo ser humano el deber moral de tender a la perfección divina. Ello es de tal modo, pues, por cuanto las obras de Dios se mueven, respiran, usan de representaciones y las contrastan, cada una a su propio nivel, son capaces de conocer, o al menos advertir, las leyes que las gobiernan, en función de sus finalidades.

Según la referencia de Diógenes Laercio¹⁶⁷, Crisipo en el libro I de los fines, vivir virtuosamente es vivir según la experiencia de los hechos naturales, en tanto que nuestras naturalezas son partes constitutivas de la naturaleza universal. Así, la naturaleza humana, no es ajena a las leyes generales que gobiernan el cosmos, y el materialismo estoico deviene en trascendente. Dicha idea cosmológica conduce a concebir que todo hecho es necesario en su acontecer, puesto que se orienta según un destino, o un fin, que es racional y conforme a su propia naturaleza o esencia.

Desde el momento en que el universo es gobernado por la razón, logos, este se constituye en causa eficiente y causa formal, siendo un todo animado y divino, y nada escapa a la ley inmanente que rige el “todo” porque los acontecimientos están determinados por una cadena causal inexorable, y esta “necesidad” que rige al cosmos es llamada destino o providencia.

El vivir virtuosamente, es decir, conforme a la naturaleza, tiene una doble dimensión coherente, vivir conforme a la propia naturaleza individual, y al mismo tiempo, conforme a la naturaleza del cosmos, por lo que esta doble dimensión no puede ser contradictoria ni presentar fines contrapuestos.

¹⁶⁶ Fernández, Clemente, S.I; **Los Filósofos Antiguos**; Biblioteca de Autores Cristianos; Madrid MCMLXXIV, 942 – pg 510

¹⁶⁷ Diógenes Laercio VII 87

Lo bueno, entonces, solo es lo honesto, esto es, lo virtuoso, que no es otra cosa que aquello que se ajusta al logos universal, que establece un orden cosmológico que es necesario y racional. Lo bueno y lo honesto constituyen una identidad que es accesible a la razón. La razón, el logos, no está fuera del mundo sino que lo constituye esencialmente y por ello el mundo es un ser animado y armonioso, y posee vida propia, es un cosmos, y bajo esta perspectiva se presenta más inteligible el fragmento Ulpiano de D.1.1.1.3

Consecuencia interesante es que la virtud es una sola, y no admite grados, por lo que el hombre debe esforzarse constantemente en orientar su conducta hacia su consecución. Por ello la justicia es una constante y perpetua voluntad tal como lo expresa Ulpiano.¹⁶⁸

Cabe destacar, en este punto, que la virtud es la consecuencia necesaria de la aplicación de la razón al ámbito de las conductas, siendo su característica diferencial la capacidad de discernir entre lo que deviene objetivamente bueno o malo, determinado, entonces, el campo de lo que se entiende por libertad, esto es, el poder actuar según le plazca al individuo según una objetiva valoración moral que lo hace responsable de sus propios actos.

La concepción materialista de un cosmos informado por el logos, y la posibilidad de una gnoseología esencialista conducen a la idea de que sólo existen individuos concretos, los cuales son siempre diferentes entre sí pues “cada cosa posee su propio carácter y nada es idéntico a otra cosa”, lo que conduce a diferenciar los conceptos de justicia, general y abstracto, por un lado, y el de equidad, concreto y propio de la naturaleza de cada caso, por el otro.

Lo “universal” carece de realidad, es decir, de existencia material, y es por ello que la construcción jurídica se orienta más a la conducta concreta que a la construcción de grandes sistemas conceptuales, lo que no debe ser confundido con la ausencia de teoría, entendida como la “contemplación” de un objeto, o parte del universo, que se somete a la indagación metódica y rigurosa de la razón.

¹⁶⁸ D.1.1.10.pr.

Para las escuelas morales menores, particularmente el estoicismo, el hombre es una parte constitutiva del universo armónico, informado por el logos, por lo que se destacan tanto su individualidad como el sometimiento a un orden legal universal. Por ello dirá Cicerón en *De República*, que, como consecuencia de compartir ambos el don natural de la razón, constituyen una comunidad política, en tanto, hombres y dioses, acceden naturalmente al conocimiento de las mismas leyes que gobiernan el cosmos, y del mismo modo a ellas se hallan sometidos.

Para el hombre, al igual que para los dioses, vivir según la razón es vivir según la naturaleza, y vivir según la naturaleza es vivir según la razón, idea sostenida por la tradición estoica romana, representada por Cicerón, Séneca, y Marco Aurelio. Vivir según la naturaleza es vivir según la virtud, pues esta se ajusta a la causa final. Como sostiene Cicerón “hemos nacido para la justicia”.

La virtud, en el marco del estoicismo y del eclecticismo romano, se concibe la disposición permanente de vivir en armonía con la razón y el deber. En tal sentido el “*homo iuridicus*” nace para la justicia, y el “*homo politicus*” nace para la patria. Lo expresa Cicerón en *De República* al sostener que a la patria todo le debemos y ella tiene el derecho de tomar lo mejor de nosotros, y nosotros solo debemos contentarnos con aquello que la patria no nos reclame. Todo ciudadano es hombre público cuando la patria o la república peligran, dirá el arpinense.

La *civitas*, constituye un micro *cosmos* en el que el orden se rige por leyes sustentadas en el logos, la razón, y no en la arbitrariedad, en donde el todo, y cada parte, están llamados a un fin. El mundo, todo, este “globo” en una gran *civitas* universal, en donde “Roma” solo parece una aldea, tal como se describe en el “*Sueño de Scipion*”.

3. El humanismo jurídico romano

El hombre es, podemos afirmar, un animal metafísico, pues su vida se más allá del universo de las cosas, entrando en lo simbólico, en donde las ideas hacen presente lo que en el mundo empírico está ausente. Entonces, necesita el ser humano establecer una significación, un sentido consigo mismo y con el mundo,

para volverse y continuar siendo racional, en definitiva, para que su devenir vital no se establezca como un sin sentido.

Lo simbólico es una manera de expresar aquellas causas que percibidas por la razón, no alcanzan una materialización verbal, lo que no obsta a la aprehensión de su esencia por parte de la actividad intelectual.. El simbolismo no es más que otra “forma” de la palabra.

Si, como expresa Alain Supiot¹⁶⁹, cada sociedad humana instituye la razón a su modo, el romano construyó su cultura y forma de ser social a partir de una antropología jurídica, es decir, a partir de su propia idea de lo que consideraba debía ser, o era, el hombre. Por ello se presenta como radicalmente contraria al humanismo clásico una perspectiva jurídica que abandone la consideración del hombre en su totalidad, sea limitándolo a la contingencia de lo empírico, sea desvinculándolo del mundo y sus necesidades vitales para proyectarlo en un plano meramente abstracto con pretensión de elevarlo a una dimensión puramente trascendente. El hombre es, puede decirse, un alma con los pies sobre la tierra.

El error kelseniano de reducir el derecho al mero dato empírico de la expresión positiva de la norma, la reducción de la razón al simple acto descriptivo del fenómeno concreto, lo condujo a su más radical sin sentido al tener que fundar el derecho en una mera hipótesis, en un supuesto, y por ello, una inexistente norma fundamental, dejando en consecuencia a la prepotencia de la fuerza como única y última razón de la ley. En definitiva una razón sin razón, una filosofía sin filosofía, un derecho sin sujeto.

La negación del fundamento antropológico del derecho en función de un pseudo – realismo, o una aproximación meramente empírica, sea desde la biología, lo político o lo económico, es el vértice común de todos los proyectos totalitarios de la modernidad, pues diluye al individuo, y lo hace depender, de un producto social, y el hombre, causa eficiente de lo social, termina sometiéndose al producto de su actividad creadora. A diferencia de ello, el derecho romano y su expresión científica, la jurisprudencia clásica, se edificó sobre una concepción trascendente del hombre, lo que le infundió una proyección histórica que le ha

¹⁶⁹ Supiot, Alain; **Homo Juridicus**; pág. 11

permitido constituirse en el molde dentro del cual se ha vaciado la imagen jurídica de occidente¹⁷⁰. La fidelidad a la idea de que el hombre es un ser capaz de pensar libremente, en tanto ser dotado de razón y, en consecuencia, apto para descubrir un derecho racional, tiene sus raíces, y ello es evidente, en el propio derecho romano.

Aún a partir de autores que responden a diversas, cuando no antagónicas, tradiciones intelectuales, como Cassirer, Castoriadis, Nietzsche, Schmitt, podemos afirmar que los estados, las sociedades, como sostiene Supiot¹⁷¹, "... siguen siendo impulsados por certidumbres indemostrables, por verdaderas creencias, que no provienen de una libre elección porque forman parte de su identidad.". En gran medida, los ordenamientos jurídicos occidentales que han desarrollado en forma más extrema la concepción del hombre como un ser racional, han terminado construyéndose a partir de enunciados de carácter dogmático, consecuencia de lo cual, la ciencia jurídica de los modernos termina por padecer una *capitis deminutio* que, a diferencia de los antiguos, mutila, siempre, algún aspecto de la dimensión humana, pues el humanismo de los modernos es el del hombre contingente del "aquí y ahora" y no el "hombre trascendente" de los antiguos, aquel que se desarrolla en logos universal.

Al contrario del denominado racionalismo moderno, racionalismo, en definitiva, de la contingencia, la jurisprudencia romana buscó fundar la construcción de la ciencia jurídica a partir de la experiencia vital que la diferencia del dogmatismo idealista. El idealismo no es otra cosa que la negación del aspecto vital del hombre y de su realidad, y, por lo tanto, deviene en una mutilación de la propia naturaleza humana.

Si contemplamos la paleta cromática de las ciencias en la actualidad, el derecho, es hoy, puede afirmarse, el último bastión en el que la dogmática mantiene cierta preeminencia funcional, pero es la dogmática decimonónica, es decir, aquella plantada en supuestos instrumentales que tienden a justificar, metodológicamente, la contingencia del fenómeno normativo cercenando la

¹⁷⁰ Schiavone, Aldo; **IUS – La invención del derecho en occidente.**

¹⁷¹ Supiot, Alain; **Homo Juridicus**, pág 18

naturaleza del sujeto en tanto destinatario último del derecho. Esto como consecuencia, y dentro del perímetro epistémico del positivismo.

Cuando la ciencia jurídica moderna, representada en su más pura expresión por el positivismo kelseniano, reduce su papel solo a una *performance* descriptiva de normas y relaciones sociales que ellas establecen, y considera a la sociedad como un simple orden normativo constituido por un conglomerado de prescripciones distribuidoras de conductas relevantes para quien ejerce el monopolio de la fuerza¹⁷², termina por edificar, no otra cosa, que una filosofía sin filosofía, un derecho sin sujeto, y en consecuencia, sin fundamento antropológico, en donde la dirección teleológica se invierte, y el nomocentrismo invade la escena. El derecho se convierte en autoreferencial y se autojustifica, pero también, se aniquila a sí mismo por quedar huérfano de fundamento, de “jus – tificación”.

La ciencia jurídica romana, por el contrario, y el derecho romano mismo, tiene su punto de arranque en una teleología profundamente humana, o dicho de otro modo, se construye a partir de una concepción antropológica. ¿Cuál es el fin del derecho? ¿Cuál el de la ciencia que lo estudia? No es otro, según Ulpiano¹⁷³, que hacer más buenos a los hombres, hacer a los hombres más hombres, hacer al humano más humano, pues el hombre es causa y fin del derecho¹⁷⁴. De tal modo, el derecho, el *IUS*, lejos de ser una mera técnica de control social en manos del estado, es el medio racional adecuado para la consecución de los fines propios que al hombre le impone su propia naturaleza humana.

En realidad, los dogmas políticos de la modernidad, vaciados de contenidos filosóficos y antropológicos, son deudores “morosos”, y conceptualmente mutilados, de la jurisprudencia clásica romana en un doble sentido, en su formulación lingüística por un lado, y en su fundamentación por el otro. Si bien se mantienen los significantes, se los ha vaciado de significado. Pero a aún los significantes se han abandonados, el “*ius*” ha sido reemplazado por el “derecho” La modernidad, de este modo, conservando el lenguaje jurídico clásico, manteniendo sus palabras; o abandonándola del todo, las ha dejado huérfanas de

¹⁷² Kelsen, Hans; **Teoría Pura del Derecho**; pág. 25

¹⁷³ D.1.1.1.1.1.

¹⁷⁴ D.1.5.2.

sentido, las ha defraudado, pues conservando su expresión literal las ha aniquilado en su significación¹⁷⁵.

Si consideramos el primer postulado de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, según el cual los seres humanos nacen libres y dotados de razón, el concepto es tomado en comodato al derecho romano. Mientras que los griegos, en particular Aristóteles, consideraban la institución de la esclavitud como natural¹⁷⁶ y sostenían que los hombres, desde su nacimiento, estaban unos destinados a mandar y otros a ser mandados, admitiendo una esclavitud natural y otra convencional o legal, los romanos revolucionaron el pensamiento iusfilosófico a partir de sostener la isonomía natural del “hombre” al afirmar que “.. las naciones... constituyeron para sí cierto derecho, más estallan las guerras y originan las cautividades y esclavitudes, que son contrarias al derecho natural , pues por derecho natural todos los hombres al principio nacían libres “¹⁷⁷.

Si bien es indiscutible que la jurisprudencia romana abrevó en la filosofía griega, en Platón, Aristóteles, los estoicos y epicúreos, lo que posibilitó la revolución conceptual romana en materia antropológica fue, a diferencia de los ideologismos de la modernidad, su falta de dogmatismo.

El “racionalismo moderno”, al exiliar del mundo todo sentido de trascendencia, y quedando anclado solo en la contingencia de lo empírico, no tiene para sus últimos supuestos otro fundamento que las formulaciones dogmáticas que, en tanto tales, se presentan como indiscutibles e incuestionables, y por lo tanto, relegadas de toda indagación crítica racional. Por el contrario, para el modelo clásico, sustentado en la gnoseología de Aristóteles, “... nadie puede alcanzar la verdad completamente, ni yerra por completo”¹⁷⁸, por lo que tal actitud intelectual permitió al modelo de ciencia de la antigüedad clásica, no considerar a la verdad como algo acabado y completo, sino como aquello que mediante un ejercicio esforzado de la razón se persigue perpetua y constantemente, en una permanente aproximación.

¹⁷⁵ D. I.3. 29

¹⁷⁶ Aristóteles; **Política**, I; IV-V

¹⁷⁷ I.1.2.2

¹⁷⁸ Aristóteles, **Metafísica**; II, 1

Si para los griegos el hombre se constituyó en un animal político, para los romanos el ser humano para “ser verdaderamente” se constituye, o debe constituirse, en un *homo juridicus*.

El “individualismo” jurídico romano solo es entendible a partir de su idea de ciudadano, y el ciudadano romano se concibe como un individuo virtuoso al servicio de la patria, tal como lo expresaba Cicerón “... la patria no nos ha engendrado y educado para no recibir de nosotros frutos algún día, sin otro objeto que el de atender a nuestros especiales intereses y proteger nuestra tranquilidad y quietud, sino para tener derecho sobre las mejores facultades de nuestra alma, de nuestro ingenio, de nuestra razón, y emplearlas en servicio propio, sin abandonar a nuestro uso privado más que la parte que a ella le sobra.” Para el romano, nada hay que acerque más a los hombres con la virtud de los dioses que el fundar ciudades o conservar las ya establecidas, y dicha conservación solo se logra por medio de “.. la armonía del senado, [y] la concordia en el pueblo... cuya pérdida constituye calamidad pública”¹⁷⁹.

El arpinense consideraba que la manera correcta de estudiar el derecho era explicar su naturaleza, la cual debía buscarse en la naturaleza misma del hombre. Efectivamente, el fundamento del derecho debe indagarse en aquello que la naturaleza ha donado al hombre, y que cantidad de cosas excelentes encierra el alma humana y para qué misión hemos nacido. En este sentido hay una verdad bien comprendida para el derecho romano, “... que hemos nacido para la justicia, y que el derecho no lo establece la opinión sino la naturaleza.”, por ello es que para Cicerón “No existe, en fin, hombre alguno, de cualquier nación que sea, que habiendo tomado a la naturaleza por guía, no pueda llegar a la virtud”, es decir, llegar a ser justo.

En tanto todos los hombres están dotados naturalmente de razón, todos en consecuencia son capaces de ser respetuosos del derecho y de la ley, en tanto esta no es otra cosa que la recta razón en cuanto manda o prohíbe. Todo ser dotado de razón cuanta con la capacidad de conocer el derecho y de este modo de saber la justicia y practicarla. De ello se deriva de modo lógico que, si todos los

¹⁷⁹ Cicerón: **De República**; I

hombres son iguales, y todos se encuentran dotados naturalmente de razón, el derecho, y el concepto de lo justo, si es racional, debe ser igual para todos, y no depender de la arbitrariedad de quien gobierna, sea este uno, o la mayoría, pues el derecho que no es confirmado por la naturaleza se divorcia de la virtud. Esta idea es claramente receptada por Juliano cuando afirma que “en aquello que está constituido contra la razón del derecho, no podemos seguir la regla del derecho”.¹⁸⁰ Y en el canon de la interpretación restrictiva consagrado por Paulo cuando afirma “Mas lo que está recibido contra la razón del derecho, no debe ampliarse a sus consecuencias”¹⁸¹.

La modernidad ha limitado el derecho a la expresión de voluntad de quien se reserva el monopolio de la fuerza, el estado, sin considerar que la organización estatal es una construcción intelectual de la modernidad, y en tanto construcción humana, contingente. El derecho en realidad, es anterior a la estructura estatal, como el hombre es anterior, histórica y antológicamente al estado. Limitar el derecho a un producto estatal, como lo ha entendido la modernidad, es trocar la misma naturaleza humana en una simple mudable temporalidad.

Dirá Cicerón que “Este poder [el del derecho] es de mucha más edad que los pueblos y ciudades...” en tanto establece el sentido de lo justo y lo injusto, pues “Cosa averiguada es que las leyes se han inventado para el bien de los ciudadanos, conservación de las ciudades y tranquilidad y bienestar de todos.;...”¹⁸². La idea subyacente, aunque emergente con claridad, es que el “ego” requiere en sociedad de una ley que garantice la existencia y la subsistencia de ese “ego”, por lo que la ley injusta no puede exigir obediencia en tanto es contraria tanto a su causa eficiente como a su causa final, una ley que no garantiza el “ego” es negadora de la personalidad y, en consecuencia, sin sujeto de derecho deja, la mera norma, de ser ley.

El ser humano es un “ego” completo, que desarrolla libremente sus lazos sociales en tanto puede racionalmente “elegir” y, de este modo, ser consciente de

¹⁸⁰ D.1.3.15.

¹⁸¹ D.1.3.14.

¹⁸² Cicerón: **De Republica**; II; Nótese en este caso la coincidencia con la causa eficiente del derecho en D.1.5

las influencias externas que imponen condicionamientos. En esta línea el derecho, en tanto construcción intelectual, puede ser considerado como un recurso por interpretar el grado de justicia de las relaciones en función de la naturaleza misma de los sujetos, es decir de la propia naturaleza humana.

Para el pensamiento jurídico romano de la época clásica, la identidad humana es, básica y esencialmente, la misma en todos y en cada uno de los hombres, lo que llevó a considerar a la esclavitud como un instituto contrario al derecho natural. Todos los hombres, por derecho natural nacen igualmente libres¹⁸³. Por ello sostenía Séneca que “Laudable es mandar con moderación a los esclavos. También en el esclavo se ha de pensar no cuánto puede ser castigado impunemente, sino cuánto te lo permiten la justicia y la bondad, que mandan perdonar hasta a los cautivos y comprados por dinero....”¹⁸⁴. Si bien el esclavo no es sujeto de derecho para la ley positiva, sí lo es para el derecho natural. Así, en el esquema conceptual que diferencia el *ius* de la *lex*, el esclavo carece de personalidad “legal” aunque es persona para el universo de “lo jurídico”.

Tal concepción condujo a la doctrina romana hacia soluciones ciertamente particulares, como la posibilidad de que el esclavo pudiese comprar su propia libertad, tal como se considera en D. 40.1.4-6, al punto de que el siervo podía, habiendo pactado el precio de su libertad, demandar a su señor si, habiendo entregado la suma acordada, el *dominus* no lo manumitía. ¿Cómo y por qué se llega en el derecho romano a una solución semejante?

La antropología que funda la juridicidad romana queda claramente expresada en un enunciado de Marco Aurelio. Sostiene el emperador filósofo que el hombre posee una constitución trinitaria, dada por el cuerpo, el alma sensitiva y la razón o inteligencia. En esta estructura al cuerpo le corresponden las sensaciones; al alma sensitiva las pasiones y a la razón, o inteligencia, los principios¹⁸⁵.

Pero antes conviene releer a Cicerón, pues en el cónsul, pueden rastrearse los antecedentes conceptuales de Aurelio. Para el arpinenese, el “hombre” es el hombre virtuoso, y esto es lo que marca la base antropológica del derecho

¹⁸³ I. 1.5. pr

¹⁸⁴ Séneca: **De Clementia**; I, XIII

¹⁸⁵ Marco Aurelio; **Pensamientos**; Losada, Bs. As. 2007; lib. III, pg. 44

romano. Así, *“la virtud consiste en la práctica, su mejor empleo es el gobierno de los asuntos públicos y su completo perfeccionamiento en la realización, no con palabras, sino con obras.”*¹⁸⁶.

Para Cicerón, en idea común propia de los formados en jurisprudencia, la naturaleza del derecho debe ser buscada en la naturaleza misma del hombre al sostener que *“... ninguna cuestión descubre con mayor brillo lo que la naturaleza ha dado al hombre, qué multitud de cosas excelentes encierra el alma humana, para que misión y obra hemos nacido, cuál es el lazo que une a los hombres y qué sociedad natural existe entre ellos. Explicando estas cosas puede encontrarse la fuente de las leyes y del derecho... porque lo que necesitamos explicar es la naturaleza misma del derecho, y debemos ir a buscarla a la naturaleza del hombre.”*¹⁸⁷, de lo que surge que no puede desarrollarse una idea de derecho extrañada de una concepción de hombre, de una antropología.

La conclusión inmediata cae por su propio peso, si la naturaleza del hombre, lo que lo diferencia de manera específica y sustancial de los animales es su naturaleza racional, el derecho, cuya naturaleza debe buscarse en esta misma naturaleza del hombre es, en consecuencia y necesariamente, racional, y de tal modo, no arbitrario. Así, entonces, puede Cicerón definir la ley diciendo que *“... es la razón suprema comunicada a nuestra naturaleza, que manda lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario.”*¹⁸⁸, por tal motivo asocia Cicerón la etimología de *legere* con la acción de elegir, pues en definitiva, el derecho, el *ius*, coloca permanentemente al hombre, en tanto ser dotado de razón, en la necesidad existencial de elegir ente lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto, que no constituye otra cosa que el ejercicio mismo de la libertad. La razón y las leyes, son, en definitiva, en tanto vínculo que emparenta al hombre con los dioses, los ámbitos que permiten al ser humano reconocerse como un ser capaz de trascendencia. En definitiva *“... todo ... el universo debe considerarse como sociedad común a los dioses y a los hombres...”*¹⁸⁹. El “cosmos”, el “orbe”, a la

¹⁸⁶ Cicerón; **República**; I, pág 2

¹⁸⁷ Cicerón; **De las Leyes**, I, pág 217

¹⁸⁸ Cicerón; **De las Leyes**, I, 219

¹⁸⁹ Cicerón; **De las Leyes**; I, pg. 222

manera de una *urbs* universal, deviene en una comunidad jurídica fundada en la razón.

La debida concatenación de estos conceptos lleva a Cicerón a una afirmación absoluta y radical, al sostener que “... *ninguna hay superior a esta verdad bien comprendida; que hemos nacido para la justicia, y que el derecho no lo establece la opinión, sino la naturaleza.*”¹⁹⁰, por ello que todo hombre, con independencia de su nacionalidad o condición de nacimiento, si toma a la naturaleza (razón) por guía, puede llegar a la virtud. El hombre nace naturalmente justo, y hacia esta virtud predispuesto, pero es la corrupción de las costumbres la que debilita esta tendencia e inclina a los sujetos hacia los vicios, por ello es que D.1.1.1.1 es filosóficamente coherente al afirmar que el fin del derecho es “hacer **más** buenos” a los hombres.

Así, Cicerón, con cierta reminiscencia socrática afirmará que “... *el que se conozca a si mismo, sentirá ante todo que posee algo divino...*”¹⁹¹, es decir, la razón natural comunicada para diferenciar lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, dirigido a lo cultivo de la virtud que es gratuita, es decir, que vale por sí misma como exigencia natural y no en función de los beneficios que reporta.

En coincidencia Séneca afirma que “... *el verdadero fruto de las obras rectas sea el haberlas hecho y no haya ningún premio digno de las virtudes fuera de ellas mismas ...*”¹⁹², pues, efectivamente la virtud hace al hombre más “humano” más igual a su propia naturaleza. Para el tutor de Nerón el hombre es un animal social nacido para el bien común¹⁹³, en donde se advierte con la claridad su tradición estoica y aristotélica, por lo que su naturaleza racional, lo inclina naturalmente a la clemencia., que no es igual a la misericordia. Por ello, quien gobierna, no es más que un hombre que gobierna hombres¹⁹⁴, en la república se impone la isonomía.

La propia naturaleza humana, que no distingue entre libres y esclavos, lleva a aconsejar que “*es laudable mandar con moderación a los esclavos [pues] también en el esclavo se ha de pensar no cuanto puede ser castigado*

¹⁹⁰ Cicerón; *De las Leyes*; I, pg 226

¹⁹¹ Cicerón; *De Las Leyes*; I, pg 249

¹⁹² Séneca; *De la Clemencia al Emperador Nerón*; I, I

¹⁹³ Séneca; *De la Clemencia al Emperador Nerón*; I, III

¹⁹⁴ Séneca; *De la Clemencia al Emperador Nerón*; I, V

impunemente, sino cuanto te lo permiten la justicia y la bondad, que mandan perdonar hasta a los cautivos y comprados por dinero” ... “Los esclavos tienen derecho de asilo acercándose a una estatua; estando con el esclavo todo permitido, hay algo que veda hacer con el hombre el derecho común de los vivientes”.¹⁹⁵. Así, si el esclavo es, diríamos para el derecho positivo, “legalmente cosa”, para el derecho – ius- es naturalmente un hombre, con la dignidad de tal, sobre el que se debe actuar con clemencia.

Coherentemente, puede verse nuevamente el vínculo parental con D.1.1.1.1., dirá Séneca “Pues ¿qué? ¿no tiene un lugar próximo a ellos [los dioses] quien se porta según la naturaleza de los dioses, siendo benéfico, liberal y generoso para hacer el bien? Esto es lo que conviene desear e imitar; ser considerado como el más grande hombre solamente si a la vez se es considerado como el más bueno”¹⁹⁶.

Tanto en Cicerón como en Séneca, el pensamiento antropológico, a partir de la idea de naturaleza, viene a incluir un ingrediente de “necesidad” inexorable. El hombre solo se realiza como tal en la medida que actúa conforme a la virtud que tiene valor en sí, y por sí, Los principios y los fines definen lo substancial, y si la naturaleza del derecho depende de la naturaleza del hombre, la causa formal y la causa final del hombre, determinan las correspondientes de la naturaleza misma del derecho. El derecho es “por” y para “el hombre” en función de la consecución de la virtud por la virtud misma.

La valoración de la conducta humana, está relacionada, entonces, con el don natural de la razón que permite discernir, y diferenciar, lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito, lo justo de lo injusto¹⁹⁷, y de este discernir, nace la posibilidad de elegir y actuar con libertad. La libertad puede entonces entenderse como la capacidad del hombre de elegir racionalmente entre aquello que lo hace más humano por conducirlo al bien conforme a la naturaleza, u optar por alejarse de la conformidad que exige la naturaleza universal y padecer, inexorablemente, las consecuencias.

¹⁹⁵ Séneca; **De la Clemencia al Emperador Nerón**; I, XVIII

¹⁹⁶ Séneca; **De la Clemencia al Emperador Nerón**; I, XX

¹⁹⁷ Vid. D.1.1.1.1

Por su parte, Marco Aurelio, asumía como una de las lecciones más apreciadas el “Vivir de acuerdo con las leyes de la naturaleza”, lo que marca la continuidad argumental y conceptual de la antropología jurídica romana.

Pensando ya, el emperador filósofo, en la *ciuitas* universal, que ya había prefigurado Cicerón en el “Sueño de Scipion” sostenía estar inspirado “...por la idea de un estado fundado en la igualdad ante la ley, conforme la igualdad natural y de derechos; y de un gobierno excesivamente cuidadoso de la libertad de los ciudadanos.”¹⁹⁸. Esta igualdad ante la ley fundada en la igualdad natural y de derechos, es la idea que lleva a la constante política de ampliación de la ciudadanía allende los muros petreos del antiguo asentamiento fundacional, la hermandad de los hombres, es más amplia que la estrecha familiaridad de los antiguos quirites.

¡Cuán presto se desvanece todo! ¡El hombre en el teatro de la vida y su memoria en la sucesión de los siglos!, solo la razón, hace que el hombre tome conciencia de su propia contingencia, y de la necesidad de buscar el fin que su naturaleza le impone, la virtud.

La vida misma, si se vive en la virtud, para el romano se considera como el ejercicio de un sacerdocio y así lo afirma el Antonino cuando dice *“El individuo que sin perder un solo instante se esfuerza en rivalizar con los más virtuosos, puede ser considerado como un sacerdote....”*¹⁹⁹, por eso es que, parece coherente que, a quienes abrazan el estudio del derecho [ius] se los llame “sacerdotes”²⁰⁰.

Marco Aurelio reitera un concepto ya expuesto por Cicerón: *“Si la inteligencia nos es común a todos, la razón por la cual somos criaturas racionales nos es igualmente común, en consecuencia una misma razón nos prescribe lo que se debe hacer o evitar. Una ley común nos gobierna, somos ciudadanos que vivimos juntos bajo la misma policía; luego el mundo entero no es más que una gran ciudad”*, de tal modo que todos los hombres, que participan por igual de la misma

¹⁹⁸ Marco Aurelio; **Pensamientos**, Lozada, Bs. As. 2007, I

¹⁹⁹ Marco Aurelio; **Pensamientos**, Lozada, Bs. As. 2007, III

²⁰⁰ D.1.1.1.1.

naturaleza humana, están llamados al mismo destino, la justicia, por ello aconseja “Procura ver si te da buen resultado la vida siendo hombre de bien....”²⁰¹.

El emperador nos dará una primera aproximación a la que unos siglos después, será la famosa definición de persona de Boecio, cuando afirma que el hombre es “...un ser compuesto de una sustancia única y de un alma común”²⁰² “... todo hombre se halla estrechamente ligado conmigo...”²⁰³, en donde se revela el doble aspecto del hombre, su individualidad única por un lado, y su naturaleza social por el otro.

Esta común ciudadanía universal de los hombres les impone deberes. Cometer una injusticia, dirá Marco Aurelio, es cometer una impiedad, La naturaleza universal ha creado todos los seres racionales para que se presten mutuo auxilio en tanto que su dignidad se lo permita y para que no se causen el menor perjuicio con ninguna excusa²⁰⁴, por lo que el derecho debe humanizar, y el acto de justicia constituir un acto de virtud.

¿Cuál es el carácter propio de la ley? Pues “la propiedad de un alma razonable es también el amor al prójimo, a la verdad, al pudor y, ante todo, el respeto a ella misma, lo que también es el carácter propio de la ley. Es así como el derecho razonable no difiere en nada de las reglas de justicia.”²⁰⁵, Puede advertirse claramente la coherencia y el parecido de familia de este pensamiento de Marco Aurelio, con el fragmento de D.1.1.1.1., de donde el fin último del derecho, que es uno conforme a una filosofía verdadera, es hacer más buenos a los hombres, es decir, hacer al hombre más humano.

Toda esta construcción filosófica, desemboca en un profundo humanismo, que llevará a afirmar a Ulpiano, en sus Comentarios a Sabino, que *“por lo que atañe al derecho civil, los esclavos son considerados como si no fueran nadie; mas no también por derecho natural, porque por lo que atañe al derecho natural*

²⁰¹ Marco Aurelio; **Pensamientos**, Lozada, Bs. As. 2007, IV

²⁰² Marco Aurelio; **Pensamientos**, Lozada, Bs. As. 2007, IV

²⁰³ Marco Aurelio; **Pensamientos**, Lozada, Bs. As. 2007, V

²⁰⁴ Marco Aurelio; **Pensamientos**, Lozada, Bs. As. 2007, VI

²⁰⁵ Marco Aurelio; **Pensamientos**, Lozada, Bs. As. 2007, XI

todos los hombres son iguales²⁰⁶, lo que ha llevado a considerar a este jurisconsulto un pionero de los derechos humanos²⁰⁷

4. Algunas consideraciones finales

Olsen A. Ghirardi, analizando el proceso seguido contra María Estuardo, reina de Escocia, durante su exilio en Inglaterra, expresaba: *“El Estado de Derecho, no significó, por sí mismo salir de la autoridad arbitraria de un solo hombre, o de unos pocos, para someterse a un orden jurídico legítimo en el que la tiranía o la anarquía y la justicia privada estuvieran excluidas. Todavía la humanidad debió padecer la vigencia de sistemas jurídicos, quizás perfectos como tales, pero en los cuales el respeto a la persona humana y sus derechos fundamentales no se aseguraban universalmente en toda su extensión.... , el mismo Estado – ente creado por el sistema, - no pudo garantizar la plena vigencia de la legalidad a todos los sujetos de derecho que lo crearon contra la arbitrariedad y la injusticia.”*²⁰⁸.

Efectivamente, la modernidad, con la creación de este nuevo actor, el Estado, marca una frontera que deslinda en comunicados fundados, el derecho de la moral, al entender al primero como un mero producto estatal.

Así, atinadamente el miembro de la Academia Nacional remite a la regla pauliana de D.50.17.144. pr *“No todo lo que es lícito es honesto”*, y refuerza su postura al expresar *“... la ruptura entre Moral y derecho – en la Ciencia Jurídica – quedó consumada con Austin, especialmente en lo que atañe al mundo anglosajón, no obstante que las reglas vigentes pueden positivizar algún principio ético.”*²⁰⁹

Cierto es que, al menos surge de la evidencia de los hechos, el *ethos* no se presenta como un ingrediente esencial o intrínseco del derecho para la moderna concepción científica del Derecho, y en consecuencia, del Estado de derecho. En

²⁰⁶ D. 50-17.32

²⁰⁷ Honoré Tony; **ULPIAN- Pioneer of Human Rights**; Oxford University Press, NY, 2002

²⁰⁸ Ghirardi, Olsen A., **“La ruptura de la relación ética – derecho en la concepción del Estado”** en El Ethos y el Estado de Derecho en Occidente – Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Cba, Argentina, 1996 , pg. 144

²⁰⁹ Ghirardi, Olsen. A.; op. Cit. 151

todo caso, lo ético, es tachado de subjetivo y extranormativo por lo que, en consecuencia, tal ingrediente debe ser expulsado del campo epistémico de la disciplina legal, tal como lo propone el modelo kelseniano.

Con el Estado moderno, el derecho es un “derecho sin hombres”, solo con “sujetos de derecho”, sin base antropológica, un derecho amoral que, frecuentemente, deriva en inmoral, pero tal corrupción, conviene advertirlo, pesa sobre el derecho positivo.

El “Derecho” aquel arte de bueno y equitativo que deriva de lo justo y cuyo fin último es hacer más buenos a los hombres²¹⁰, el ha sido creado por y para el hombre²¹¹, es el que inspira la conducta del hombre común. Como sostiene, en definitiva, Olsen Ghirardi²¹², la moral se cuela en el mundo jurídico cada vez que el hombre libre actúa en el mundo jurídico, aún sin intervención o control del Estado, cumpliendo con lo que “es bueno” y “justo” por propia elección. Pues, como concluye el académico, en definitiva “*siempre es el hombre el que hace cumplir o elige cumplir o no cumplir la norma;*” y en consecuencia “*... no podemos separar en él – sino por vía de abstracción – el ente moral del ente jurídico, ya que en la realidad son inescindibles*”.

5. Bibliografía

Antokoletz, Daniel: *Tratado de Derecho Romano*, El Ateneo, Bs. As. 1930.

- *Compendio del Derecho Público Romano*; Editorial Impulso, Bs. As. 1942.

Aristóteles, *Metafísica*;

Aristóteles; *Ética a Nicómaco*; Gradifco, Bs. As. 2005

Aristóteles; *FÍSICA- Libros VII-VIII*, Biblos, Bs. As. 2003

Aristóteles; *Política*, Alianza Editorial, Madrid, 1986

Aulo Gelio; *Noches Áticas*; Librería de Perlado, Páez y Cía., Sucesores de Hernando, Madrid, 1921.

Ayllon Ramón José; *Antropología filosófica*; Ariel, Barcelona, 2011.

²¹⁰ D.1.1.1.pr-1

²¹¹ D.1.3.1

²¹² Ghirardi, Olsen A.; op.cit. pg 152

- Berger, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Philadelphia, 1953.
- Biagio, Brugi: *Instituzioni Di Diritto Romano*, Editrice Torinense, 3.^a Ed., Torino, 1926.
- Burque, Peter; *Historia y Teoria Social*; Ed. Amorrortu, Bs. As. 2007
- Cabanella De Torres, Guillermo: *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*, Ed. Heliasta, Bs. As., 2007.
- Castoriadis, Cornelius; *La ciudad y las leyes*; Fondo de Cultura Económica; Argentina 2012
- Cayo Veleyo Paterculo: *Historia Romana escrita al Cónsul Marco Vinicio*, trad. Manuel Sueyro, Imprenta de Don Antonio Espinosa, Madrid, MDCCLXXXVII.
- Cicerón, Marco Tulio: “Las Leyes” en *Obras Completas*, trad. Francisco Navarro y Calvo T., Librería de los Sucesores de Hernando, Madrid, 1924, VI
- Cicerón, Marco Tulio: “La República” en *Obras Completas*, Francisco Navarro y Calvo T., Librería de los Sucesores de Hernando, Madrid, 1924, VI.
- Cicerón, Marco Tulio, *Filipicas*, en *Obras Selectas*; trad. Javier Cabrero, Ed. Edimat, España, 2004.
- Cuerpo De Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino por Ildefonso L. García del Corral, publicado por los hermanos Kriegel, Herman y Osenbrüggen, Barcelona, Jaime de Molina Editor, 1889.
- Fernández, Clemente: *Los filósofos medievales*, BAC Ed., Madrid, 1974
- Fernández, Clemente; *Los Filósofos Antiguos*, BAC, Mdríd, MCMLXXIV
- Ghirardi, Olsen A., “La ruptura de la relación ética – derecho en la concepción del Estado” en *El Ethos y el Estado de Derecho en Occidente – Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Cba, Argentina, 1996
- Gibbon, Edward: *Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano*, Hyspamérica, Bs. As., 1985.
- González, Luis: *El Oficio de Historiar*, El Colegio de Michoacán, 3.^a ed., México, 2009.
- Gregorius Phocae Augusto: *Monumenta Germaniae Historica*, Bayerische staats Bibliothethek, *Gregorii papae epistolarum Liber XIII* (Indictio VI); Indictio VI

- Mart. (XIII,32) – MAI (XIII,34). El texto latino puede consultarse en el sitio web <http://www.dmgh.de/de/fs1/object/goToPage/bsb00000536.html?pageNo=397&sortIndex=040%3A010%3A0002%3A010%3A00%3A00>
- Grimal, Pierre: *-El Imperio Romano*, Ed. Crítica, Barcelona, 2000.
- Diccionario de Mitología Griega y Romana*, Paidós, Barcelona, 2008.
- El helenismo y auge de Roma. El Mundo Mediterráneo en la Edad Antigua II*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1999.
- Harries, Jill: *Law And Empire in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2004.
- Honoré, Tony; *ULPIAN- Pioneer of Human Rights*; Oxford University Press, NY, 2002.
- Hubeñak, Florencio: *Roma. El Mito Político*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1997.
- Ihering, Rudolf von; *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo*; Trad. Enrique Príncipe y Satorrés; Bailly – Bailliere; Madrid, 189.
- Jaeger, Werner: *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, Fondo de Cultura Económica, México, 1968.
- Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*;
- Grimal, Pierre; La civilización Romana*, trad. J. de C. Serra Ráfols, Paidós, Bs. As., 2008.
- La Rocca Martin, Dante: *El valor de la honestidad y su aporte a la república en la literatura de Marco Tulio Cicerón*, Tesis Doctoral, Centro de Estudios Avanzados, UNC, Córdoba, 2009.
- Levick, Barbara: “Vespasiano”, en *Vida de los Césares*: Anthony A. Barrett, trad. Gonzalo García y Cecilia Belza, Ed. Crítica, Barcelona, 2008.
- Lucio Celio Firmiano Lactancio: “Instituciones Divinas”, en *Obras Completas*, Gredos, Madrid, 1990.
- Marco Aurelio: *Pensamientos*, Losada, Bs. As. 2007.
- Maritain, Jacques; *Filosofía de la Historia*, Club de Lectores, Bs. As. 1986
- Introducción a La Filosofía*; Club de Lectores, Bs. As. 1999.

- *Para una Filosofía de la Persona Humana*; Club de Lectores; Bs. As. 1984.
- Mommsen, Teodoro: *El Mundo de los Césares*, Fondo de Cultura Económica, México, 1945.
- Mondolfo, Rodolfo; *El pensamiento antiguo – Historia de la filosofía greco romana I –II*; Losada, Bs. AS., 2033
- Oxford Latin Dictionary*, Oxford at the Clarendon Press, Oxford University, 1968.
- Perez Lopez, Xesús: *El Poder del Príncipe en Roma – La Lex de Imperio Vespasiano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Pólibio: *Historia de Roma*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- Procopio De Cesarea: *Historia Secreta.*; trad. Juan Signes Godoñer, Ed. Gredos, Madrd, 2000.
- Quasten, Johanes: *Patrología*, Ed. BAC, Madrid, MCMLXVIII.
- Schiavone, Aldo; IUS – *La invención del derecho en Occidente*; Adriana Hidalgo Ed. Argentina, 2009
- Séneca: *De Clementia*; I, XIII
- Séneca; *Tratados Morales - De Clementia - Obras Completas De Seneca*; Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana , Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1946.
- Skinner, Quentin: “*El tercer concepto de libertad*” en *Claves de Razón Práctica*, septiembre de 2005, n.º 155.
- Suetonio: *Vida de los Doce Cesares*; trad. Vicente López Soto, Ed. Juventud, Barcelona, 1996.
- Supiot, Alain: *Homo juridicus*, Siglo Veintiuno Editores, Bs. As., 2007.
- Tácito, Cayo Cornelio: *Anales*, trad. Carlos Coloma; en <http://es.scribd.com/doc/64221143/Tacito-Anales>
- Tito, Livio: *Décadas de la Historia Romana*, Joaquín Gil Editor, Bs. As. 1944
- Torrent, Armando: *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Ed. Del autor, Zaragoza, 1995

Varron, Marco Terencio: *De las cosas del campo*, introd., versión española y notas por Domingo Tirado Benedi, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum mexicana, Universidad nacional Autónoma de México, 1945

Walbank, F. W.: *La pavorosa revolución. La decadencia del Imperio romano en Occidente*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

E) EL DERECHO ESPAÑOL²¹³

1. Introducción

En el capítulo del presente trabajo, se aborda una referencia clave para entender el nexo entre un ordenamiento jurídico que algunos, por no decir la mayoría, lo consideran arcaico por estar muy lejos de la realidad y un sistema de normas contemporáneas que se empeña con fundamentos, en afirmar lo contrario: la protección de la vida del nasciturus.

El estudio y análisis de las fuentes históricas del derecho hispánico²¹⁴ cuyas raíces se encuentran en aquel “viejo derecho”, permitirán comprender los artículos 29 y 30 del Código Civil Español, por ejemplo, que a modo de corolario marcarán la tendencia del análisis que en profundidad motiva el capítulo de los Derechos Comparados.

La temática del nasciturus y sus eventuales derechos, es una realidad íntimamente ligada con el hecho naturalísimo del nacimiento al igual que los interrogantes planteados desde siempre en relación a ello, sean éstos tanto de tipo biológico como jurídicos.

Lo cierto es que el nacimiento puede ser definido tanto desde un punto de vista técnico médico, desde donde se afirma que una criatura nace cuando en forma natural o artificial se desprende totalmente del cuerpo de la madre; cuanto desde un punto de vista técnico jurídico, esto es considerando la legislación del lugar donde aquel se produce, los diferentes y determinados requisitos que ésta imponga para ser considerado como tal.²¹⁵

El reconocimiento de la existencia de la vida intrauterina ya no plantea dudas: de suyo, es vida y es humana, toda vez que se trata de la unión de un gameto humano, femenino y masculino. Y en esa dirección hay ordenamientos

²¹³ Por la profesora María Claudia Zatti.

²¹⁴ Sobre la base de: **El Nasciturus: de la antigua Roma a la realidad Venezolana**, del Abogado Antonio Ríos. Docente de postgrado en la Universidad e Carabobo en UNEFA (Unión de Escuelas Familiares Agrarias; en España)

²¹⁵ Lisandro Cruz Ponce. **El Nasciturus**.

que han salvaguardado determinados derechos, aunque en algunos casos, postergados a la posibilidad de la vida futura. Sin embargo pareciera que *una de las cuestiones más discutidas por los tratadistas es si debe fijarse o no algún plazo de existencia para considerar al recién nacido como persona. Para muchos Códigos Civiles, basta que el feto viva un momento fuera del claustro materno para reputarle persona.*²¹⁶

Es posible afirmar que toda vez que se refieren al nasciturus, algunas de las legislaciones que se tratarán, el problema queda siempre circunscripto a la posibilidad de considerarlo persona, con o sin personalidad.

No se trata de un juego de palabras sino de poder establecer claramente que la referencia al concepto de persona está básicamente asociada al ser humano, aunque ese ser humano pueda no tener la aptitud necesaria y suficiente para gozar de determinados derechos o soportar obligaciones... o dicho en otros términos, desde cuando esa “habilitación legal”, es posible.

*El concebido no nacido no puede considerarse entre los humanos (in rebus humanis) ni entre cosas de la naturaleza (in rebus natura). Al no hallarse desprendido del claustro materno, no posee autonomía respecto de la madre, constituye una parte integrante de la misma (mulieris partio). Sin embargo en el feto se encuentra una esperanza de hombre que en su día nacerá a la vida del derecho.*²¹⁷

Sin ahondar en concepciones filosóficas ni doctrinarias acerca de la epistemología de los conceptos de persona como de personalidad, pues excede el objetivo, bastará una visión retrospectiva y sólo de carácter jurídico sobre el tema para entender lo que cada ordenamiento vigente, según las distintas etapas jurídico-hispánicas, estableció como relevante y digno de protección y de castigo, para esta persona-ser humano no nacido, en el sentido más amplio: el nasciturus dentro o fuera del sistema jurídico de que se trate, o lo que sería más justo de expresar, la concesión de la personalidad jurídica.

²¹⁶ Manresa Navarro, José María. Op. Tomo I. Pág. 273.

²¹⁷ Ursicinio Álvarez Suárez. **Instituciones de Derecho Romano**. Madrid. Editorial Revista Derecho Privado. 1977. T. III. p.13 (cita Lisandro Cruz Ponce).

Cabría afirmar entonces que la idea de considerar al concebido no nacido como sujeto de derecho, aún careciendo de capacidad, ya no era un hecho indiferente para las legislaciones pretéritas.

2. Antecedentes prehispánicos

La pretensión de iniciar el análisis del Derecho Español tanto de la legislación foral, cuanto de aquel que ha sido el antecedente faro para todos los derechos posteriores, Las Siete Partidas, sin considerar algunos de los principios del Derecho Romano, desnudaría si no una omisión casi intencional, un desconocimiento irreverente. Es allí donde se gestaron los fundamentos para la protección y defensa de los derechos del nasciturus, institución que hoy sigue siendo motivo de reflexión; sobre todo cuando uno de esos derechos, el más vulnerable, es el más cuestionado: el derecho a la vida.

Sólo aquí una brevísima referencia para no sobreabundar, pues el tema ha sido expuesto en profundidad y detalle en el Capítulo III.²¹⁸

Esto precisamente porque el Derecho Español sin desconocer su fidelidad a la vieja tradición, toma el principio romano *“conceptus pro iam nato habetur”*, elaborado a partir de los textos de juristas clásicos.

Así y en general aluden al concebido como *“parte del vientre de la mujer o de sus vísceras...”²¹⁹; los que nacen muertos no se consideran nacidos o procreados...”²²⁰”*

Tampoco se afirma que el *nasciturus* exista en la realidad como persona ya nacida, sino en cuanto es considerado una entidad futura con la finalidad de reservarle ciertos derechos, que sólo podrán corresponderle al momento del nacimiento y siempre que éste se produzca con vida.²²¹

Ahora bien y siguiendo con la reseña, se expresa: *“Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos; pues se les restituyen también las herencias legítimas y si una mujer encinta hubiera sido*

²¹⁸ Dr. Juan José Alba Crespo. **El Nasciturus en el Derecho Romano.**

²¹⁹ Cit. Ulpiano D 25. 4.1.1. *Partus antequam edatus mulieris portio est vel viscerum.*

²²⁰ Cit. Paulo D 50. 16. 129.

²²¹ Según textos de Gayo, Celso y Juliano.

apresada por los enemigos, el hijo nacido tiene el derecho de recuperar su condición de libre por el postliminio y sigue la condición del padre o de la madre según sea legítimo o no...²²². Así también la misma fuente dice textualmente: "...respecto al hijo que esperaba una esclava no se admite distinción de momentos, y no sin razón, pues en tanto aquel no ha nacido no se dice que exista un esclavo"²²³.

Algunos autores como Castán Vázquez, consideran que a pesar de las normas, en el derecho romano se reconocía una igualdad ontológica entre el nacido y el nasciturus... no se funda en la ficción sino en la realidad... es deducible que se refiera al hecho del parto.²²⁴

Este principio de la igualdad ontológica llega al derecho castellano, en tanto afirma la existencia de la criatura en el vientre de la madre, y que más tarde será tomado por las Partidas III y IV.

Los fragmentos de Juliano y de Paulo, aunque en un sentido no general, ponen de manifiesto que la situación jurídica del no nacido en Roma se puede entender sólo en cuanto es aplicable a toda situación que lo beneficia, generalmente limitado al ámbito del derecho sucesorio.

La regulación que el derecho histórico español hace de la institución tiene su origen en aquella máxima "*conceptus pro iam nato habetur*" que, aunque en distintos grados, ha contemplado siempre la protección del concebido; y en tal sentido ha llegado a las legislaciones modernas a través de los distintos sistemas jurídicos medievales.

La concepción romana acerca de los efectos que benefician al que ha sido concebido en justas nupcias y que por disposición del derecho civil se aplicarán mas tarde a todos como principio general, quedaba modificada. El eje no sería ya la institución matrimonial, sino la persona humana misma, tenida por existente en todo lo que le sea favorable.

Con el surgimiento de las doctrinas cristianas se afirma que, aun cuando no pueda conocerse, existe el alma creada por Dios quien la une al cuerpo del nuevo

²²² D 1. 5. 26.

²²³ D 35. 2. 9.

²²⁴ Rodrigo Barcia Lehmann. **Derecho a la Vida del Nasciturus en España.**

ser, y entienden que esa nueva vida merece y debe ser protegida, y defendida como obra de su Creador.

Será ahora el fundamento y base de la teoría cristiana del nasciturus, la presencia de un alma distinta a las de los padres. Por lo tanto todo ser humano es portador de un alma creada por Dios y la razón suficiente para ser tenido como posible sujeto de derecho.

Consecuencia inmediata: la imposibilidad de atentar contra esa vida y la posibilidad concreta de castigar toda conducta en tal sentido, entiéndase la penalización del aborto. No se trata ya de proteger sólo los intereses patrimoniales del concebido sino de tutelar al nasciturus, valorado por lo que es en sí mismo, como un ser de naturaleza humana dotado de alma, aún cuando no llegara a ser considerado sujeto de derecho.

Las condiciones culturales de esta época ya dejan planteada la necesidad de protección del concebido, que luego durante la Edad Media no se modificará. Las normas tendrán por finalidad proteger determinados intereses de aquel excluyendo a terceros pero siempre esperando el nacimiento, momento en el que se considera surge la persona y con ella la subjetividad jurídica.

3. Los Fueros

La legislación foral fue la más importante que se aplicó originariamente en la península y posteriormente se haría lo propio en todas las colonias ultramarinas y en las islas adyacentes de África.

Generalmente eran otorgados para una ciudad o un municipio determinado; de ello se deduce la multiplicidad y variedad de los mismos.

Esta legislación se integraba con documentos que concedían, en un primer momento el rey y más tarde la nobleza, determinados privilegios al tiempo que eximían de tributos.

Durante los reinados de Alfonso III y Alfonso X de Castilla y León, se conocieron algunos de ellos, tales como el Fuero Viejo y el Fuero Real; pero en el año 1138 el rey Alfonso VII solo reconociendo los privilegios de la nobleza, aprobó

el Fuero de Nájera, y aún así fue de gran utilidad jurídica como instrumento de garantía para el pueblo mismo.

Estos documentos fueron dando origen a una serie de preceptos fragmentados y aislados relativos a la infancia, aunque marcando ya la tendencia de carácter protectorio para esa primera etapa del nasciturus; comenzaba a imponerse como necesidad jurídica para que el derecho le reconociera a este ser concebido aun no nacido, como una existencia de interés independiente.

a) Los Fueros Municipales

Hacia los siglos XII y XIII, la legislación se orientaba básicamente a tutelar la vida misma del nasciturus como así a salvaguardar sus intereses hereditarios.²²⁵

Los fueros locales o territoriales aludían no sólo a tal defensa de la vida, de los más representativos, sino al reconocimiento de los derechos hereditarios, en su mayoría derechos o garantías respecto de los concebidos tanto de matrimonios legítimos cuanto de matrimonios ilegítimos.

La protección de la vida se advierte aquí desde un punto de vista, en la defensa de aquella cuando el aborto aparece como hecho condenable y en otro sentido, en la aplicación de la pena concreta para quien o quienes resultaren autores del mismo, en principio.

Así el *Fuero de Cuenca*²²⁶ protege la vida del nasciturus cuando prohíbe el aborto y lo castiga, siendo la propia madre la autora del hecho. En cambio el castigo del aborto, cuando el hecho ha sido perpetrado por ambos progenitores, está contenido en los *Fueros de Plasencia*²²⁷, *Bejar*²²⁸, *Zorita*²²⁹ y *Teruel*.

Sin embargo en todos ellos queda de manifiesto que si ha sido la madre autora consciente del aborto, ha de ser quemada si hubiera confesado el hecho, contrario sensu habiendo sido negado, se le sometía a la prueba del hierro

²²⁵ Eva María Polo Arévalo. **Origen y significado del principio conceptus pro iam nato habetur, en Derecho Romano y su recepción en Derecho Español y vigente Código Civil.**

²²⁶ Fuero de Cuenca 1.

²²⁷ Fuero de Plasencia, 102.

²²⁸ Fuero de Bejar, 337.

²²⁹ Fuero de Zorita, 263.

candente. El Fuero de Terual haciendo una salvedad agrega, que *si no quisiera salvarse por sí misma, sea quemada sin remedio*²³⁰.

En el *Fuero de Soria*²³¹, queda establecido que si uno de los padres, o ambos, resultan autores culpables de aborto eran condenados con la misma pena que se castigaba el infanticidio: la pena de muerte.

El mismo documento prohíbe que la mujer encinta pueda sufrir cualquier tipo de castigo corporal o la condena de muerte, sino hasta después de producido el alumbramiento; como así en caso de deuda exigible que no pudiera pagar, sólo y en razón de su estado, la pena se reducía a prisión pero no se aplicaba el castigo corporal.

En igual sentido se expresa el *Fuero de Castilla*²³² con respecto a la condena de muerte y el castigo corporal; pero agrega para el caso en que la mujer fuera demandada por deudas por las cuales debía prestar juramento, tampoco debía jurar sino hasta después del parto.

Algo similar reza el *Fuero de Alcalá de Henares*²³³, de carácter religioso, cuando prohíbe que la mujer encinta jure en tiempo de cuaresma, ni hasta pasados veinte días después de la Pascua.

El *Fuero de Brihuega*²³⁴ ya no refiere el castigo de la madre sino que, expresamente ordena la pena de muerte para la mujer que suministra hierbas a aquella para provocarle el aborto, siempre que el hecho hubiere sido probado; aunque aclara que podía salvarse con el testimonio de doce vecinos/as.

En los Fueros Municipales citados²³⁵ precedentemente, se destaca una particularidad que representa una posición avanzada, en cuanto al tratamiento jurídico independiente del nasciturus y las consecuencias que generaba un mismo hecho: el daño producido en la madre que al mismo tiempo provocaba la muerte violenta del feto.

²³⁰ Fuero de Terual, 377.

²³¹ Fuero de Soria, 537.

²³² Fuero de Castilla, 284.

²³³ Fuero de Alcalá de Henares, 102.

²³⁴ Fuero de Brihuega, 100.

²³⁵ Fuero Cuenca X, 39 – F. Terual 38 – F. Brihuega 351 – F. Plascencia 133. 23 – F. Zorita 273.

Se trata de dos delitos cuya tipificación se distingue con claridad. Para quien sólo había querido causar una herida a la mujer encinta y a la vez resultaba la muerte del feto, el autor era responsable por el daño causado a la madre pero también aunque por separado, debía responder por la muerte del feto.

De tal modo y en igual sentido, quien diera muerte a una mujer encinta *debe pechar*²³⁶ *el doble homicidio*, si fuera probado; pero en caso que faltare la prueba, ha de salvarse también de doble homicidio.

De este modo quedaba equiparado el concebido no nacido con el ya nacido.

Otro aspecto a considerar como protección de los derechos del nasciturus, es el que se advierte en las disposiciones legislativas tendientes a salvaguardar los intereses hereditarios de aquel

Así en varios fueros locales, como en el *Fuero de Cuenca*²³⁷, había una norma que procuraba la protección de la herencia del hijo que al morir el padre permaneciese en el seno de la madre.

Si la muerte del padre acontecía estando la mujer encinta y no habiendo otros hijos²³⁸, los bienes quedaban en custodia de la madre pero bajo la consideración de determinadas garantías. Si el hijo nacía antes de los nueve meses, el mismo adquiría dichos bienes, más continuando éstos bajo la custodia materna; contrario sensu serían adquiridos por los parientes del difunto padre.

Se trataba en definitiva, de un instrumento de protección de la herencia del por nacer para el caso de ilegitimidad del hijo, que se traducía en una expectativa de derechos hasta que transcurriera el tiempo estimado de los nueve meses; esto es desde la muerte del padre hasta el alumbramiento del hijo, si ello ocurriera antes de dicho plazo. De manera que la custodia de aquellos bienes correspondía a la madre mientras duraba el embarazo²³⁹ en una primera hipótesis; y en tanto el nacido no hubiera alcanzado la edad necesaria y suficiente para administrar por él

²³⁶ Asumir una carga o sujetarse a su perjuicio. Pecho: tributo, pagar. Por ej. "pechar con su actuación".

²³⁷ Fuero de Cuenca, X, 30.

²³⁸ Si ya hubieran hijos de matrimonio legítimo, el póstumo hereda con ellos.

²³⁹ Se trataría de un sujeto indeterminado transitoriamente, hasta que la misma se resuelva y a lo que ello resulte.

mismo²⁴⁰, la otra hipótesis. En tales casos la incapacidad de obrar era suplida por la madre, que en virtud del vínculo existente entre ambos, debía realizar la gestión en beneficio del hijo.

Los Fueros le imponían a la madre el deber, tanto en la custodia cuanto en los actos propios de la administración, de conservar sin daño, menoscabo ni pérdida aquellos bienes. Pues los actos de disposición le estaban absolutamente prohibidos.

Este deber de custodia quedaba garantizado del siguiente modo: se ordenaba dejar constancia de los bienes por escrito, al momento en que le eran entregados a la madre; se disponía fianza, para el caso de incumplimiento en el deber de custodia; y quedaba determinada para la mujer, fuera o no legítima o que fingiera el embarazo, la obligación de restituir el doble de lo que hubiese recibido en concepto de alimentos, como así lo que se había pagado de la herencia en gastos por la afirmación falsa de embarazo.

Sin embargo en consideración al estado de gravedad, a la madre se le reconocía el derecho de alimentos durante tal periodo y cargo de la masa hereditaria; nada hace dudar que ese derecho podía extenderse al momento en que el nasciturus estuviera fuera del claustro materno, circunstancia en que ella debía recibir todo cuanto fuese necesario para su propio sustento, pues también era en beneficio del hijo.

La posibilidad de hacer efectivos los derechos hereditarios dependía en cierto modo de las garantías mencionadas, las cuales contemplaban no sólo el interés del nasciturus sino también los intereses de los parientes del padre, pues éstos serían los futuros herederos en ausencia del hijo.²⁴¹

b) El Fuero de Navarra

Este cuerpo jurídico de carácter general, refiere la situación del hijo póstumo que no ha nacido de matrimonio legítimo. En este caso se admitía que heredara al padre en todo lo que expresamente éste le hubiere dejado.

²⁴⁰ Sujeto ya determinado, con capacidad jurídica suficiente y titular de derecho de propiedad.

²⁴¹ Fuero de Cuenca. X, 33.

El padre que hubiere desconocido el estado de gravidez de la madre, razón por lo cual no hubiese dejado a aquél bienes en herencia, nada recibiría de dicha herencia.

Tan sólo se la habría reconocido al hijo póstumo en este Fuero, *la capacidad para ser instituido heredero*, no así los derechos hereditarios “ab intestato”, como tampoco provocaba su preterición la invalidez del testamento.²⁴²

c) El Fuero Juzgo

Las disposiciones de este Fuero, en cuanto a la capacidad, exigían que la criatura naciera y se mantuviera viva durante diez días, además de ser bautizada.

La tendencia protectoria del nasciturus, aludía no sólo a la temática de los derechos sucesorios sino que también referenciaba el castigo del aborto.

En cuanto al primer aspecto, establecía: que un hijo nacido después de la muerte del padre lo heredaba con los demás hermanos.²⁴³

En relación al segundo tema en cuestión, en el castigo del aborto equiparaba a los hijos de hombre libre con los hijos de esclavo, aunque se hacía distinción en el tipo de pena aplicable en cada caso.²⁴⁴

Se advierte la influencia del cristianismo, según Callejo Rodríguez, cuando se piensa en la vida del concebido mismo al negar expresamente todo derecho a los padres; y se confirmaba tal influencia, siguiendo a San Agustín, cuando esta norma castiga el aborto aunque en modo distinto según el *nasciturus sea formatus o informatus*.

d) El Fuero Real

Sin indagar en presupuestos históricos ni culturales, pues lo trascendente está orientado hacia la cuestión jurídica, al igual que en toda la legislación foral tal como se ha venido analizando, el Fuero Real también había puesto de relieve la protección de los derechos sucesorios del nasciturus, pero incorporando algunos recaudos de seguridad respecto del momento del parto.

²⁴² Fuero de Navarra. Cap. 5. Tit.4. Libro 2.

²⁴³ Fuero Juzgo, VI.2.20.

²⁴⁴ Fuero Juzgo, VI.3.

Y así la norma se expresaba para el caso particular en que el padre muriera sin dejar hijos.

En tal situación y quedando la viuda encinta debían tomarse ciertas medidas, como la de exigir que los bienes fueran inventariados ante el Alcalde y recién entonces fueran depositados en poder de la viuda, hasta tanto diere a luz.²⁴⁵

Siguiendo con la influencia cristiana, el requisito para que el hijo nacido adquiriese la herencia no era su viabilidad durante nueve días, sino que fuera bautizado; razón por la cual si ese niño moría sin bautismo los bienes serían heredados por los parientes del padre difunto.

Esas medidas de seguridad a las que se hace referencia ut supra tenían por finalidad asegurar la realidad del parto pero fundamentalmente, confirmar la identidad del nacido.

Además contemplaba la no ejecución de la pena de muerte sobre la madre sino hasta después de producido el alumbramiento²⁴⁶. Se trataba de una prohibición de carácter estricto y que ya tenía su antecedente en el Fuero de Soria.

4. Las Siete Partidas

a) Breve Referencia

El Libro de las Leyes, conocido también como Fuero de Las Leyes fue elaborado durante el reinado de Alfonso X, El Sabio, entre los años 1252 y 1284. Es la obra jurídica medieval de mayor importancia, el primer Código de leyes escritas que se conoció hacia el siglo XIV, a la muerte de Fernando III, con el nombre de Las Siete Partidas.

Se trata de un compendio no tan solo de leyes escritas sino realizado en lenguas modernas, que constituyó la base y fundamento para los futuros Códigos de España y de Iberoamérica.

²⁴⁵ Fuero Real III, 6. 3.

²⁴⁶ Fuero Real IV, 5. 2.

Con dicha legislación se logró la unificación del reino y es lo que en modo mas fidedigno representa el Derecho Español de origen romanista.

Según uno los Códices de mayor antigüedad, habrían sido redactadas entre los meses de Junio del año 1256 y Agosto del año 1265 por una comisión de juristas castellanos de relevancia, bajo la dirección personal de Alfonso X.

Aunque se han indicado distintas etapas para su redacción, no hay oposición en cuanto a que varios autores han estimado que se llegaron a concluir en el año 1265.

Si bien es conocido que dicho cuerpo legislativo se integra con siete libros, sólo se abordarán aquellos que resultan trascendentes para el presente análisis, las Partidas III; IV; VI y VII que respectivamente y en general, refieren los temas de Administración de Justicia, Procedimiento Civil (Personas y Proceso); Derecho de Familia y vínculos permanentes: Matrimonio, Filiación y Parentesco; Derecho Sucesorio y por último Derecho Penal y Procedimiento Penal.

b) El Nasciturus. Concepto. Consideraciones Jurídicas

Como ya se ha visto, sin desconocer la influencia romanista afirmada en la máxima *conceptus pro iam nato habetur* y protectora de los derechos del nasciturus, en Las Siete Partidas, este nasciturus queda definido también en el sentido jurídico como un ser no sólo distinto sino independiente de la madre. Ello se advierte cuando establece por un lado, que *la mujer encinta no debe ser ajusticiada hasta después del parto*; pues de otro modo se entendía que aplicando una pena cualquiera que fuera recaería sobre los dos, con lo que se habría dado por cierto que el hijo era un ser capaz de soportar dicha pena. La posibilidad de impedir el castigo por un hecho ajeno era lo justo toda vez que el concebido no era sujeto punible.

Y por otra parte, al admitir que *la mujer encinta solicite al juez la entrega de los bienes que fueron del marido*. Con esta norma quedaba claramente establecido que con el nasciturus se estaba aludiendo a un ser en nombre del cual se podían ejercer determinados derechos.

Aún cuando resultaba evidente lo expresado no se tenía respecto de ese ser la misma consideración en todos los momentos del embarazo, pues al dejar establecido el castigo del aborto, surgía una diferencia esencial con relación al estado del niño distinguiendo así, “si era vivo en el vientre” y “si no era todavía vivo”. Por cuanto en la primera hipótesis, correspondía aplicar la pena de homicidio a quien resultare culpable del hecho; en tanto que en la segunda aún cuando se aplicaba la pena, ésta era de menor gravedad.²⁴⁷

Habiendo establecido la *condición jurídica del nasciturus*, en las Partidas se consideró al mismo tiempo la importancia de su protección, aunque de carácter general y en tal sentido se expresaba: *“mientras que estuviere la criatura en el vientre de la madre toda cosa que se haga o se diga a favor de él, le aprovechará como si hubiera nacido, más lo que fuese dicho o hecho en daño a su persona o de sus bienes no le perjudicará.”*²⁴⁸

Una vez más el principio romano confirmando todo lo que fuera en beneficio para el concebido y negando aquello que no le fuera favorable, al extremo de considerarlo no nacido.

No menos importante ha sido el trato que se dio en este ordenamiento al tema de la capacidad jurídica, siendo más precisos, al momento en que era posible adquirir esa capacidad.

La norma hacía una distinción esencial entre los hijos que eran naturalmente nacidos, pues eran éstos los que efectivamente adquirirían los derechos que se hallaban en situación de expectativa; y los que habían sido denominados “hijos abortivos” por la doctrina, quienes en definitiva no adquirirían ningún derecho.

En relación a la herencia paterna en las Siete Partidas quedó determinado que sólo podía ser adquirida por aquel que había quedado en el vientre de la madre; y que la preterición de un hijo póstumo invalidaría el

²⁴⁷ Partida VII, Título 8, Ley 8.

²⁴⁸ Partida IV, Título 23, Ley 3.

testamento paterno, cuando el hijo naciera vivo y además tuviera figura humana.²⁴⁹

Pero para que ese hijo pudiera ser tenido por legítimo y en consecuencia le fueran atribuibles los derechos hereditarios que le correspondieren, se exigió que el niño hubiera nacido dentro de los diez meses cumplidos desde la muerte del marido de la madre, o en su caso dentro de los siete meses contados desde el matrimonio e inicio de la vida en común de los padres.²⁵⁰

En cuanto a la protección del nasciturus, también este Código de Leyes, se refirió *la defensa de la vida humana* cuando dejó establecida la punibilidad del aborto.

La figura del aborto punible alcanzaba tanto a la madre que lo procurase por cualquier medio, cuanto al que la hiriese provocando así la pérdida del concebido. En ambos casos se castigaba con la pena de muerte el hecho voluntario, si el niño estaba con vida pero si no había alcanzado la vida, con el destierro por cinco años²⁵¹.

En igual sentido, se establecía la prohibición de aplicar la pena de muerte a la mujer encinta.²⁵²

Otro de los aspectos considerados en este Código fue *la defensa contra posibles ataques a la libertad del por nacer durante* la concepción; y siguiendo la solución aplicada por el Derecho Romano, consideró que el hijo de la esclava encinta debía seguir la condición de la madre.

Establecía que si el dueño de esa sierva dando orden a su heredero o a su apoderado, que en un plazo determinado le concediera la libertad, éste retrasaba maliciosamente la manumisión para que ambos mantuvieran la condición de esclavo, tanto la madre como el hijo por nacer, debían ser libres

²⁴⁹ Partida IV, Título 23, ley 5 y Partida VII, Título 33, Ley 8.

²⁵⁰ Partida IV, Título 23, Ley 4.

²⁵¹ Partida VII, Título 8, Ley 8.

²⁵² Partida IV, Título 23, Ley 3 y Partida VII, Título 31, Ley 10.

desde el mismo momento en que se cumpliera el plazo *ipso iure*, sin necesidad de la intervención del heredero ni del apoderado.²⁵³

En relación a los derechos hereditarios, las Siete Partidas legislaron sobre la sucesión ab intestato, también siguiendo las fuentes romanas, cuando se refirieron a la suspensión de la adquisición de la herencia.

En tal sentido dejaban de manifiesto que ni los hermanos ni otros parientes del difunto podían intervenir en los bienes de éste, sino que habría de esperarse el momento del parto, pues si el hijo nacía vivo adquiriría la herencia de su padre.

Sin embargo habiendo certeza que a la muerte del marido la mujer no estaba embarazada, el pariente más próximo del difunto podía ingresar a la herencia en carácter de heredero y cumplir con las obligaciones que le correspondían como tal, siempre con otorgamiento del juez del lugar.²⁵⁴

Pero a la muerte del marido quedando la viuda encinta, se imponían a modo de condiciones²⁵⁵, lo que en realidad eran severas y minuciosas medidas de seguridad, relacionadas con la casa y la habitación, donde debía ella vivir; el número de mujeres²⁵⁶ que debían reconocerla; las personas que debían vigilarla, tanto en la casa como fuera de la misma; el aviso del parto a los parientes y el número de personas que debían presenciario, como así también la cantidad de luces que se requerían para dicho alumbramiento. Todo esto bajo pena de perder los bienes heredables.

Asimismo ordenaba la suspensión de la adquisición de la herencia hasta el momento del parto o hasta tanto desapareciera cualquier sospecha de embarazo²⁵⁷; pudiendo la mujer encinta *ser puesta en posesión de los bienes, vivir y mantenerse de ellos*, pero siempre que justificare su condición de mujer legítima²⁵⁸.

²⁵³ Partida IV, Ley 3.

²⁵⁴ Partida VI, Título 6, Ley 16.

²⁵⁵ Partida VI, Título 6, Ley 17.

²⁵⁶ El número de "cinco buenas mugeres".

²⁵⁷ Partida VI, Título 6, Ley 16.

²⁵⁸ Partida III, Título 22, Ley 7.

En este caso se entiende que los alimentos se daban no tanto por satisfacer las necesidades de la viuda sino por la salud del hijo que llevaba en el vientre.

La posibilidad que la mujer pudiera solicitar *la entrega de los bienes que perteneciesen al marido, en nombre de aquella criatura que tenía en el vientre*, evitaba todo tipo de engaño; como así también obligaba a la viuda a la presentación del recién nacido ante los parientes del padre difunto.²⁵⁹

En cuanto a la invalidez del testamento del padre en que se hubiera preterido un hijo póstumo, el Código se separa del Derecho Romano. En las Partidas no se permitía desheredar al póstumo porque *el que no ha nacido, ningún daño, ninguna ofensa ha podido inferir todavía*.

La omisión del hijo póstumo en *la disposición de última voluntad de su padre, por no estar concebido o por cualquier otra razón dejará si efecto el testamento y percibirá toda la herencia estando solo, o la parte que le correspondiere habiendo otros hijos legítimos*.²⁶⁰

En materia procesal, el aporte de Las Siete Partidas fue de carácter especial, por cuanto no sólo consideró la necesidad de brindarle protección al nasciturus, sino que lo hizo a través de un procedimiento extraordinario, más beneficioso para él y en su propio interés: *missio in possessionem* que le es favorable.

Se consagra un procedimiento sumario de conocimiento acotado para lograr la resolución en corto plazo, siendo la misma estructura que se utilizaba para las reclamaciones de menores huérfanos y petición de alimentos para los hijos.

El trámite procesal permitía introducir durante el procedimiento una prueba limitada o de menor fuerza probatoria que lo habitual, lo que daba al juez la posibilidad de una decisión más rápida. Se expresa en la norma: *la mujer que queda encinta a la muerte del marido, demanda al juzgador en*

²⁵⁹ Partida VI, Título 6, Ley 17.

²⁶⁰ Partida VI, Título 1, Ley 20.

nombre de aquella persona que tiene en el vientre que le entreguen los bienes que fueron su marido.

Ahora bien, si quienes siendo lo tenedores de dichos bienes, negaban la realidad del embarazo o la condición de legitimidad de la esposa, “...deberán dar prueba de ello o presunciones... más si las pruebas fueran dudosas, y no lo expresaran claramente, deberá el juez decidir que se le entreguen tales bienes, quedando a salvo el derecho de los tenedores de los mismos para mostrar una prueba más fuerte que la pudieran privar de esa herencia”.²⁶¹

Es procedente mencionar aquí que Las Partidas contenían una ley que hacía referencia a los derechos del concebido en una circunstancia particular: la del parto doble.

Y dice que sucediendo el hecho de un alumbramiento doble, sin que pudiera establecerse quien había nacido primero, los derechos que otorgaba la primogenitura correspondían al varón cuando los niños fueran de distintos sexos; pero en caso en que ambos fueran varones correspondía dividir entre ellos los derechos de aquella²⁶².

En referencia a la disposición anteriormente citada, se debe destacar que aquella reafirma el carácter de persona que se pretendía dar al nasciturus, toda vez que se le consideraba como verdadera parte del proceso aún antes de nacer distinguiéndose desde la forma procesal de la madre, quien actuaba en su nombre. Ella es quien ostentaba tal capacidad.

Hablar de los bienes de un por nacer sin aludir a la consabida referencia de la figura del curador, no es posible.

En relación a la guarda o protección del nasciturus, ya el Derecho Romano, contemplaba la institución de carácter tutelar, *el curator ventris*, y la toma el Código de Alfonso X. Es en Las Partidas donde le reconoce como norma al tratar la figura del tutor testamentario o guardador que es dado por testamento, declarando que tanto el abuelo como el padre podían dar un guardador al hijo o al nieto siendo menor de edad, siempre que estuviese bajo

²⁶¹ Partida III, Título 22, Ley 7.

²⁶² Partida VII, Título 33, Ley 12.

su potestad, y agregaba: *y esto puede hacer a los que están nacidos como a los que están en el vientre de su madre.*²⁶³

Con posterioridad a esta norma, algunos comentaristas consideraron negar ese derecho de nombrar tutor al abuelo, según surge de una disposición en las leyes de Toro: *éste pierde la patria potestad al casarse y velarse su hijo.*²⁶⁴

5. Leyes de Toro

La actividad legislativa de los Reyes Católicos con ocasión de las Cortes de Toro, tuvo como consecuencia un cuerpo orgánico que se dio a conocer como las Leyes de Toro, y que fueron promulgadas en un conjunto de ochenta y tres Leyes en el mes de Marzo del año 1505.

Desde el punto de vista jurídico se comprende como el ordenamiento que recoge, aplica y actualiza el cuerpo legislativo de la Corona de Castilla durante la Edad Media.

Tiene sus antecedentes en el Fuero Juzgo, en el *Ius Commune* de la Baja Edad Media, Las Siete Partidas y el Ordenamiento de Alcalá y al mismo tiempo coordinaba con los Fueros municipales, privilegios nobiliarios y eclesiásticos, salvando las contradicciones que hubiere entre ellos.

Se destaca en este ordenamiento la institución del mayorazgo en cuanto garantizaba desde lo social, el predominio de las familias de la nobleza.

Se constituyeron en la base de recopilaciones legislativas como la Nueva y Novísima Recopilación, que se mantuvieron vigentes hasta 1889.

En cuanto al tema de análisis, es importante destacar que la capacidad jurídica naturalmente se adquiría si el niño *nacía todo vivo*, lo cual se podría entender tanto en relación a la viabilidad, esto es la exigencia de vivir veinticuatro horas “naturales”, marcando así una diferencia con el Fuero Juzgo

²⁶³ Partida VI, Título 16, Ley 3.

²⁶⁴ Leyes de Toro, 47.

que exigía diez días; o bien en relación con los rasgos de la *figura humana*. Pero también se imponía el hecho que fuera *bautizado antes de morir*²⁶⁵.

De este modo se evitaba toda duda acerca de los hijos recién nacidos: así se establecía que los hijos eran naturalmente nacidos o era hijos abortivos; pues sólo aquellos que eran naturalmente nacidos alcanzaban la capacidad necesaria para heredar y para transmitir; aunque agregaba una circunstancia no contemplada hasta el momento: *si por la ausencia del marido o por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente, no se le tendrá por parto natural ni legítimo*.

6. El Código Civil Español. Proyectos

a) Proyecto del Código Civil Español de 1836

Este Proyecto estableció una regla de carácter general que reza: *“Los que se hallasen en el vientre de su madre se reputen nacidos en cuanto concierne a su utilidad; más para gozar de este beneficio es preciso que después nazcan vivos”*.²⁶⁶

A pesar de la contundencia del precepto, el resto de las normas no toman aplicación alguna de la regla general.

b) Proyecto del Código Civil de 1851

El Proyecto refiere a la protección del concebido no nacido y ha sido regulada en lo que concierne a la capacidad sucesoria.²⁶⁷ Por una parte, cuando se alude al testamento que resulta nulo por la preterición del hijo póstumo²⁶⁸; y por otra, al mencionar las precauciones que habrán de tomarse con la viuda encinta.²⁶⁹

²⁶⁵ Leyes de Toro, 13. El acortamiento del plazo y la condición de nacer todo vivo, supone una vuelta al *Liber Iudiciorum*, (siglo VII) el cual sancionaba una normativa sobre un título referido específicamente al aborto, cuyos preceptos establecían diferentes condenas teniendo en cuenta los supuestos y circunstancias en que tenía lugar.

²⁶⁶ Código Civil Español de 1836. Art. 15.

²⁶⁷ Arts. 606 y 607.

²⁶⁸ Art. 644.

²⁶⁹ Arts. 786, 799.

Deja de manifiesto que la posesión de los bienes heredables que eran atribuibles a la viuda según el Derecho Romano²⁷⁰ y Las Partidas²⁷¹, ya no procede.

c) Proyecto del Código Civil de 1869²⁷²

Establece el Proyecto, *“La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; más el individuo luego que es procreado está ya bajo el amparo y protección de la ley, que le tiene por nacido para los efectos declarados en este Código”*.²⁷³

d) Anteproyecto del Libro Tercero: 1885 – 1888

En consideración al concebido no nacido regula disposiciones concretas, tales como las donaciones en su favor²⁷⁴; la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos²⁷⁵; la capacidad para heredar²⁷⁶ y respecto a la viuda encinta las medidas de seguridad que deben adoptarse.²⁷⁷

e) Primera Edición del Código Civil

En su primera edición el Código Civil Español protege al concebido pero no considera una regla general sino que legisla aisladamente, aunque la doctrina entiende que el artículo ha dejado ampliado el número de supuestos, como si se tratara de una regla general.

En el artículo 29 se dice. *“El nacimiento determina la personalidad sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido.”*

f) Código Civil Español Vigente²⁷⁸

²⁷⁰ D. 37.9.

²⁷¹ Partida III, Tít. 22, Ley 7.

²⁷² Proyecto de Ley del Libro I.

²⁷³ Art. 19.

²⁷⁴ Art., 622.

²⁷⁵ Art. 643.

²⁷⁶ Arts. 741 y 742.

²⁷⁷ Arts. 968, 976.

²⁷⁸ Prof. Dr. Juan Luis Sevilla Bujalance.

Los artículos 29 y 30 del nuevo Código Civil Español, aunque tienen su origen en tiempos aún anteriores a la centuria decimonónica, hoy no se consideran tan vetustos o sin sentido ya que son tenidos en cuenta para las distintas teorías de la aplicabilidad de las recientes técnicas de reproducción asistida.

Pero lo importante de destacar es la concepción del ser humano en su etapa prenatal.

El artículo 29 establece una regla general de protección del nasciturus, cuando dice: *“...el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo siguiente.”*

El artículo 30 reza: *“Para los efectos civiles solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas totalmente desprendido del seno materno”*

De igual modo establece reglas concretas: las donaciones a favor del no nacido²⁷⁹, la capacidad para heredar por testamento como ab intestato²⁸⁰ y para el caso de la viuda que queda encinta.²⁸¹

Considerada como regla general, se aplica al nasciturus sólo en los casos expresamente regulados y a cualquier otro que resultare de efecto favorable al por nacer.

Sin embargo el Informe Palacios²⁸² respaldando la orientación nueva de la materia, en relación directa a los avances de la biotecnología, en su texto expresaba, *“La Comisión considera que parecería un tanto forzado y en alguna forma una conclusión excesiva el extender al embrión una protección como la que merecería la persona humana en sentido propio, sobre manera en esta fase primera de los catorce días a partir de la fecundación. El embrión al menos en este período que referimos, no es persona ni se le tiene como tal, posición que podríamos considerar como las más coherente con los textos constitucionales y con los artículos 29 y 30 del Código Civil”.*

²⁷⁹ Art. 627.

²⁸⁰ Arts. 744 y 745.

²⁸¹ Arts. 959 y 957.

²⁸² El nombre del informe se corresponde con el nombre del Presidente de la Comisión formada a los fines de tratar el tema sobre la reproducción asistida en España.

Pero siguiendo la opinión del profesor Sevilla Bujalance, la cual se contrapone con el Informe Palacios y aún cuando no es materia de análisis en este capítulo, es conveniente la aclaración, la referencia a la biotecnología no sería aplicable al nasciturus, por cuanto el concepto de persona se integra no sólo con nociones del área jurídica, sino con las que aportan otras áreas tales como la biología, la metafísica, la teología y la filosofía. El reconocimiento de su personalidad y de su capacidad civil *“debe respetar el marco jurídico en que se inscribe y las normas superiores (...) y su sentido verdadero considerando integrado en la categoría de persona a todo ser humano... aún cuando se encuentre en la primeras y primigenias fases embrionarias de su desarrollo... la esencia no precisa de un plazo ni de requisitos legales para adquirirse: va intrínseca en el ser, como la dignidad que de ella se deriva.”*²⁸³

Complementando este aspecto, una breve referencia al tema del aborto según la apreciación del Profesor Dr. Nogueira Romero.

El jurista español oportunamente manifestó su expresa disconformidad con la modificación de la ley vigente del aborto, por entender que *“el aborto es un acto traumático; estoy absolutamente seguro de que ninguna mujer quiere abortar.”*²⁸⁴ Consideraba que el derecho a la vida se contraponía con el derecho de abortar que la ley le otorga a la mujer y que aun cuando socialmente y en general es asumida; no se cumple.

Según el comentario esencial se encontraría en la posibilidad de establecer que, sin considerar el medio de concepción, el feto tiene vida y esa vida debe ser protegida.

Fundamentaba su afirmación con el artículo quince de la Constitución Española: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”*.

En dicho artículo no se hace distinción de ningún tipo y entiende que si se deja de lado lo científico, el Derecho Civil hace una clara distinción entre lo que es el feto y lo que es la persona.

²⁸³ Prof. Dr. Juan Luis Sevilla Bujalance. **Los Artículos 29 y 30 del vigente Código Civil Español.** Pronunciado en el IV Congreso Internacional de la Federación Internacional de Bioética de Inspiración Personalista, Octubre 2006.

²⁸⁴ Santiago Nogueira Romero en un comentario, **El Aborto. ¿Y el Derecho Civil?**

Y expresaba: *“el hecho de alcanzar la personalidad mediante el nacimiento con forma humana y permanecer vivo el feto veinticuatro horas fuera del claustro materno es, sencillamente, una condición resolutoria para alcanzar la personalidad...; es una ficción jurídica, por eso hay personas jurídicas que no se identifican con las personas física.”*

Por ello entiende que el *“feto tiene vida desde el mismo momento de la concepción desde el que puede ganar efectos jurídicos. El nasciturus puede tener derechos...”*

En su opinión *“no es una regulación ex novo del Código Civil Español. Siempre el Derecho Civil consideró y considera que el concebido - el nasciturus - tiene vida.”*

En defensa de la vida, considera que la Ley del Aborto ya contiene, por las razones que el legislador hubiere entendido oportunas (social, sanitario, económico, etc.) las excepciones que *“justifican el sacrificio del feto”*, no siendo necesario una nueva Ley de Aborto libre, que en realidad no se demanda.

7. Bibliografía

- EVA MARÍA POLO AREVALO, **Origen y significado del principio conceptus pro iam natu habetur, en Derecho Romano y su recepción en Derecho Español y vigente Código Civil.** Ed. Facximil. Madrid (R.A.E. 1971). Prof. Tit. Cat. Derecho Romano. Universidad Miguel Hernandez. Elche.

- ALBERTO CALVO MEIJIDE, **El Nasciturus como sujeto de derecho. Concepto Constitucional de Persona.** Universidad de San Pablo CEU. Madrid.

- SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO, **El aborto ¿Y el derecho civil?.** Artículo publicado por la Revista Correo Gallego. Prof. Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Académico Numerario de la Academia Gallega de Juristas y Legislación (AGJL).

- JUAN LUIS SEVILLA BUJALANCE, **Persona Jurídica. Nasciturus y Derecho Civil Español.** Artículo de Derecho Civil publicado por el Centro Tomás Moro. Año 2010.

- RODRIGO BARCIA LEHMANN, **Derecho a la Vida del Nasciturus en España**. Revista Praxis año/vol. 6, N° 002 – Universidad de Talca – Chile. (ISSN: 0717-2877).

-BIBLIOTECA DIGITAL ON LINE, **Las Siete Partidas de Alfonso X**. Consultado el 14 de febrero de 2013.

-LIBRODOT.COM. **Las Siete Partidas de Alfonso X**. Consultado el 14 de febrero de 2013.

-CATEDRABIOÉTICADETINSA@URJC.ES. Plaza de Manuel Becerra 1428028. Madrid. **El aborto desde el punto de vista histórico**. Consultado el 14 de febrero de 2013.

- LISANDRO CRUZ PONCE, **El Nasciturus: Fuero Juzgo**. Distrito Federal México.

- ANTONIO RIOS, “Trabajo de Romano: **Nasciturus**. Profesor de Postgrado en UNEFA (Unión de Escuelas Familiares Agrarias en España). Universidad de Carabobo. (Venezuela). <http://es.scribd.com/doc/52641854>. Consultado el 14 de febrero de 2013.

- JUAN ALVAREZ POSADILLA, **Comentario a Las Leyes de Toro**. Ab. del Consejo S. M. Fiscal del Crimen de la Real Audiencia de Valencia. (3ª Impresión) Madrid, Imprenta de Don Antonio Martínez 1826. N° de Registro 1483.

F) EL DERECHO CANÓNICO Y EL ABORTO²⁸⁵

En el presente capítulo intentamos aproximarnos a este tema tan complejo para la comunidad humana de hoy y de siempre. A esos fines, dividimos la exposición de la siguiente manera:

1. Una aclaración previa

Para lograr nuestros fines, debemos contar con que el lector puede no saber o de hecho sabe que existe el Derecho Canónico. Y que este derecho en cuanto tal está contenido en parte en el Código del mismo. Él es el instrumento legal propio de La Iglesia más conocido por aquellos que están dedicados o al menos muy cerca del ámbito jurídico.

Pero también es cierto que en la Comunidad de la Iglesia, la existencia de este derecho y sus instrumentos jurídicos legales, no son solamente los contenidos en el código antes mencionado, sino que hay otros instrumentos que contienen a este derecho propio.

2. El Derecho Eclesial en su conjunto

Existe una diversidad de normas de carácter universal y particular que son propias de la Iglesia. A esas normas las conocemos más bien como del Derecho Eclesial. Así por ejemplo hay leyes que son universales, como el Código de Cánones de la Iglesia Oriental (que es menos conocido en nuestro ambiente latino), leyes universales anteriores o posteriores a la promulgación del actual Código de Derecho Canónico y normas que son propias de instituciones que son parte de la Iglesia y que, por su naturaleza, tienen su propio derecho.

Por ejemplo, hay normas de carácter diocesano, que solo rigen para el territorio de esa Iglesia particular. O son propias de instituciones como son las diversas Asociaciones de carácter público o privado mediante las cuales los

²⁸⁵ Por el pbro. Gustavo Crespo.

cristianos legítimamente buscan vivir de acuerdo al Evangelio. Esta es ciertamente una de las grandes propuestas de la Iglesia de nuestro tiempo. La cual quiere la libre asociación de los bautizados en ella, y más aún expresa un profundo amor por el derecho a la libertad religiosa, que abarca un campo definitivamente más amplio que el de la sola libertad de la Iglesia con respecto a su presencia en los diversos estados y culturas.

También los Institutos de Vida Consagrada, a los que en nuestro marco cultural conocemos como congregaciones de religiosos y religiosas, tienen su derecho propio, que es expresión de una serie de normas que tutelan el modo peculiar de vivir su fe cristiana.

Por lo tanto, hasta aquí proponemos una mera aproximación que nos ayude a distinguir entre Derecho Canónico y Derecho Eclesial, el cual abarca más aspectos que los contenidos en el Código. Para el jurista no está de más recordarle el antiguo principio: "*Ubi societas, ibi ius*". La Iglesia tiene su derecho por este mismo principio general. Esta referencia se propone con el fin de hacer notar desde acá que buena parte de los legislado sobre el aborto en el seno de la comunidad eclesial no está particularmente contenida en el Código.

3. El Derecho Canónico

En esta perspectiva bien se puede pensar y concluir que hay un constante movimiento en el terreno del derecho propio de la Iglesia. Ella al escuchar los signos de los tiempos debe, al mismo tiempo, no sólo expresarlos en cuanto tales, sino también dar normas que protejan lo que de ello surge.

Este derecho tiene igualmente características que le son propias. Está destinado a tutelar derechos y exigir deberes que son propios de los bautizados, como sujetos propios de la Iglesia²⁸⁶.

No se expresa en cuanto tal sin tener presente cuáles son sus fuentes, ya que las mismas no son sólo datos de la realidad, sino y ante todo son datos

²⁸⁶ Cánones 96, 204. Código de Derecho Canónico. Conferencia Episcopal Argentina, séptima edición, 2012.

anteriores y claves para ser tales en este derecho. Así no puede obviar que depende de la Revelación de Dios en la historia, contenida en la Sagrada Escritura, en la Tradición, y en el Magisterio auténtico de la Iglesia y, por cierto, el necesario recurso a la reflexión teológica existente en la comunidad de creyentes en Jesucristo, la Palabra hecha hombre y reveladora de Dios.

Teniendo en cuenta estos mínimos presupuestos, comprendemos mejor cuanto expresa la norma jurídica sobre el tema propuesto, el aborto. Es necesario, además, acudir no sólo al derecho contenido en el código, sino también a las orientaciones del Magisterio Pontificio y del Colegio de los Obispos. En una orientación, serán una norma explícita y en otro, aspectos que pertenecen al espacio propio de las ciencias como la Medicina y la Biología, como así mismo de la Teología Moral. Y también Derechos Humanos universalmente reconocidos como el derecho a la libertad, a la paz, al trabajo digno, a la vivienda propia, a la salud, etc.

Desde el aporte de estas ciencias encontramos criterios que tienen como objetivo final la protección del don y misterio de la Vida.

Es necesario advertir, también, que estamos ante un derecho que tutela aspectos muy delicados de cada persona, que no son sólo sus realidades externas, sino también internas a la misma. Es decir, la custodia de la intimidad de la conciencia; que es mucho más que aquello de que los actos privados de las personas están exentos de la autoridad de los magistrados y sólo reservados a Dios y a su conciencia. Es decir tutela ese "rincón" propio de la conciencia individual de la persona. Que con relación al tema del aborto tiene una importancia capital.

Por en este derecho hablamos de fuero externo y fuero interno, que exige una particular atención. Y que a propósito del tema propuesto, tienen un particular protagonismo.

No es el caso en el presente artículo, pero dejamos abierta la puerta, hemos de reflexionar más y mejor sobre qué sabemos y cómo custodiamos el fuero íntimo de las personas. Conocemos por los medios de comunicación social y los nuevos recursos tecnológicos que poco cuidados son, el respeto a la vida

privada de la personas. Por ejemplo, el recurso a la difamación, a la calumnia e injurias. La maledicencia y juicios temerarios. La vulgar descalificación de los demás, sin reparos ni respeto mínimo.

Antes de constatar qué dice el texto del Código, queremos aproximar un concepto de aborto en cuanto tal, ya que el mismo (el Código) no define qué sea, sino, que al referirse al mismo lo hace desde la tipificación de una pena. Un concepto: “es la interrupción del desarrollo del feto durante el embarazo”. “El aborto inducido, en cambio, es aquel provocado adrede con el objetivo de eliminar el feto, ya sea con asistencia médica o sin ella”. Pero respecto al texto legal nos encontramos solo con esto:

*Canon 1398 “Quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión latae sententiae”.*²⁸⁷

Nos parece que de la sola lectura del canon citado el lector puede deducir que está frente a una norma penal (Libro VI del Código), que contiene una de las sanciones más contundentes en el derecho eclesial. Pero no puede percibir a primera vista que está frente a un bien jurídicamente protegido, que es lo que en verdad está custodiando, el misterio de la vida del niño por nacer.

Abordamos entonces otras consideraciones que harán comprensible el tenor de la pena de excomunión *latae sententiae*.

El Catecismo de la Iglesia Católica ha querido recordar la doble dimensión moral y jurídica de esta acción ilícita: 2270²⁸⁸ El aborto: “La vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción. Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida. (Cf. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum vitae*, 1, 1).

²⁸⁷ Código de Derecho Canónico. Conferencia Episcopal Argentina, séptima edición, 2012.

²⁸⁸ Catecismo de la Iglesia Católica, Conferencia Episcopal Argentina. Reimpresión 2005.

«Antes de haberte formado yo en el seno materno, te conocía, y antes que nacieses te tenía consagrado» (Jr 1, 5).

«Y mis huesos no se te ocultaban, cuando era yo hecho en lo secreto, tejido en las honduras de la tierra» (Sal 139, 15).

Desde el siglo primero de nuestra era, la Iglesia ha afirmado la malicia moral de todo aborto provocado. Esta enseñanza no ha cambiado; permanece invariable. El aborto directo, es decir, querido como un fin o como un medio, es gravemente contrario a la ley moral.

«No matarás el embrión mediante el aborto, no darás muerte al recién nacido» (Didaché, 2, 2; Cf. Epistula Pseudo Barnabae, 19, 5; Epistula ad Diognetum 5, 5; Tertuliano, Apologeticum, 9, 8).

«Dios [...], Señor de la vida, ha confiado a los hombres la excelsa misión de conservar la vida, misión que deben cumplir de modo digno del hombre. Por consiguiente, se ha de proteger la vida con el máximo cuidado desde la concepción; tanto el aborto como el infanticidio son crímenes abominables» (GS 51, 3).

El lector tiene al menos ante sí una expresión del magisterio eclesial, en el que verifica el contenido de la teología moral, explicitado a partir de la Sagrada Escritura, la patrística, y el magisterio del Concilio Vaticano II.

Pero también seguramente está requiriendo alguna explicitación respecto al delito mencionado. ¿Cuándo se da? Cuando el aborto es consumado, y requiere la comisión dolosa. En esta comisión se tienen en cuenta los procurantes. No sólo es la mujer embarazada, sino el que lo practica y aquellos que colaboran en el acto, ya sea por el aporte de dinero o por la presencia ante el hecho, y también la intervención que pudiera realizarse.

Además el texto no dice más que lo que dice: es el Aborto sin más. No hay consideraciones de casuística, sólo lo expresado. No tiene en cuenta tiempo de la gestación, ni si el feto es sano u otro aporte de la actual ciencia biológica y médica.

El legislador tutela el misterio de la Vida y para ello ha tenido en cuenta el don de la Revelación de Dios en la historia. En la misma, como culminación del encuentro de Dios con el Hombre, él mismo ha asumido nuestra condición humana en todo menos en el pecado²⁸⁹.

Por tanto la norma del canon se dirige a tutelar jurídicamente la vida del no nacido. La formulación de la actual ley no ha cambiado sustancialmente con respecto al canon 2350 del Código de 1917. En este tampoco hay una definición de aborto. Lo que sí es claro, es que hay continuidad en la tutela de la vida del niño por nacer. La sanción prevista en el canon 1398 manifiesta la gravedad del crimen cometido, el daño irreparable causado al inocente a quien se le da muerte, a sus padres y a toda la sociedad.

Este delito, y la sanción, es uno de los pocos y gravísimos supuestos que han quedado formulados en el actual código.

La pena de excomunión latae sententia, implica un romper el vínculo de comunión con La Iglesia y no requiere juicio previo. Llamamos, por así decirlo, una pena automática. Por cierto no prevista a perdurar.

Lo previsto en el canon 1398, es el aborto consumado, no están contempladas la frustración o la tentativa, que en el caso no son punibles. La ley expresa que hay un nexo causal entre la acción abortiva y el efecto logrado. Para esto también se requiere el elemento subjetivo, es decir la comisión dolosa. Es decir se trata de procurar el aborto, hacer o cooperar de modo eficaz. Se trata claramente de un concepto jurídico penal, que implica un ilícito moral.

²⁸⁹ Fil. 1.

Los especialistas en el derecho de La Iglesia no han dejado de plantearse la necesidad de formular una definición de aborto, pero al final han distinguido lo propio del derecho y han dejado a otro ámbito de las ciencias lo estricto de la conceptualización. Al legislador le interesa describir que hay aborto cuando se interrumpe la vida del niño por nacer desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, sea o no viable el nasciturus.

Su absolución: una vez cesada la contumacia, el censurado arrepentido tiene derecho a ser absuelto. La pena no es reservada, con lo cual tanto el Obispo del lugar como aquel ministro que tuviera la facultad de hacerlo absuelve. También absuelve el ministro sin facultades, pero que está ante el peligro de muerte o frente a un penitente que no soporta la dureza del retardo en la absolución.

4. Un aporte necesario: Hemos intentado formular el presente artículo incorporando comentarios que nos parecieron necesarios, como aproximar un mínimo de lo que es el Derecho Eclesial. Referir texto del Magisterio de La Iglesia y finalmente aportamos un breve contenido (por cierto no por ello menos profundo) sobre le texto legal promulgado. Cualquier lector interesado podrá complementar desde los ámbitos propuestos lo que implica la tutela del derecho a la vida de toda persona human, aún la por nacer.

5. Bibliografía

Código de Derecho Canónico. Conferencia Episcopal Argentina, 2012. Editorial B.A.C. Salamanca 2003.

Catecismo de la Iglesia Católica. Conferencia Episcopal Argentina 2000

Diccionario de Moral Cristiana. K. Hörmann. Ed. Herder, 1975

Chiamata e risposta, una nuova teologia morale. Anselm Günthör. Edizione Paolina 1987. Milano, Italia.

Comentario exegético al Código de Derecho Canónico. EUNSA 2001.

G) DERECHO COMPARADO EUROPEO Y ORIENTAL²⁹⁰

1. Introducción.

Es conocido por todos que los grandes avances científicos, particularmente en el campo de la medicina, y dentro de ésta, en la genética, parecen haber replanteado el debate sobre lo que debe ser jurídicamente una persona, o mejor dicho, cuando debe comenzar a hablarse de “persona” y cuales son las soluciones correctas a procesos o situaciones como la **Fecundación In Vitro, la Clonación Terapéutica y la Crío conservación**, tanto desde el punto de vista civil como constitucional.

Desde hace algunas décadas, mas precisamente desde 1973, la medicina reproductiva es capaz de alcanzar la generación de un ser humano fuera del cuerpo femenino, en una probeta (In Vitro), donde se funde un óvulo femenino y el espermatozoide masculino.

Este embrión será transferido posteriormente al útero de la mujer de la cual proviene el óvulo. Con este proceso se superan los defectos físicos que impiden la fecundación.

Teniendo ya el control del origen y resultado de la procreación, en un segundo nivel, se posibilita, el diagnóstico, y selección de los óvulos fecundados, bajo el microscopio, esto es, el **diagnóstico preimplantatorio**.

En un tercer nivel, que excede a la medicina reproductiva, se utilizan óvulos fecundados como medios de investigación con el fin de descubrir enfermedades hereditarias (**Eugenesia Negativa**), o incluso, en el futuro, para crear “seres humanos mejores” (**Eugenesia Positiva**).

En la llamada clonación terapéutica, se transfiere el núcleo de una célula del cuerpo del paciente en tratamiento, a un óvulo enucleado que se halla en la

²⁹⁰ Por Lucas Di Pasquantonio y María Laura Pintos, a quienes secundaron los estudiantes Celeste Pérez Aráoz y Martín Valente. Con excepción del apartado correspondiente al derecho chino que es obra de la ayudante alumna Daniela Marchi supervisada por el Dr. Juan C. Ghirardi.

metafase de su segunda división celular. Así, se pueden obtener tejidos y órganos con las características propias del paciente, en tal forma que no se produzca ninguna reacción de defensa o rechazo del organismo.²⁹¹

Como se viene sosteniendo desde hace muchos años, en la determinación del status o condición del nasciturus está el centro de debate ético, jurídico y científico en general. De allí surgen los diferentes postulados y cuerpos legales, tanto en lo concerniente al momento en que debe comenzar la protección de este nasciturus, como en el grado de esa protección.

2. España.

El art. 15 de la Constitución española establece que “Todos tienen derecho a la vida y a integridad física y moral”.

Según el art. 29 del Código Civil español no se puede identificar al embrión con el concepto de persona física ya que prescribe que “El nacimiento determina la personalidad”, sin embargo, ello no implica una desprotección absoluta del concebido y no nacido, y a ello viene a responder la segunda parte de este art. 29 disponiendo que “El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo posterior.” (Nacimiento con vida y desprendimiento del seno materno).

Respecto al tratamiento y manipulación de este “concebido no nacido”, se ha dejado para leyes posteriores y especiales la regulación más específica de la cuestión. Cuestión a la que pretenden dar solución con la Ley Nº 35 de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Esta Ley, abre la posibilidad, en ciertos casos, de la Investigación con embriones, señalando que la Fecundación in Vitro y la Crío conservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, no sólo para técnicas de reproducción sino también para manipulaciones de carácter diagnóstico,

²⁹¹ El Estatuto Jurídico del Embrión. www.aebioetica.org.

terapéutico, industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación., y distingue:

a) Intervención en embriones con fines diagnósticos: Toda intervención sobre embriones in Vitro con fines diagnósticos no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o detección de enfermedades hereditarias a fin de tratarlas. Respecto del embrión post implantatorio in Útero y respecto del feto, se declara ilegítima toda intervención, salvo que tenga como finalidad el bienestar y favorecimiento del desarrollo del Nasciturus.

b) Intervención en embriones con fines terapéuticos: Toda intervención sobre embriones in Vitro con fines terapéuticos no podrá tener otra finalidad que la de tratar una enfermedad o impedir su transmisión. Solo permite la intervención sobre el embrión post implantatorio in Útero y respecto del feto, si la misma tiene como finalidad el bienestar y favorecimiento del desarrollo del Nasciturus y sólo se autoriza si:

- 1) la pareja, o mujer sola ha sido rigurosamente informada.
- 2) Que se trate de enfermedades con diagnóstico preciso de pronóstico grave o muy grave y se ofrezcan garantías razonables de mejoría o solución del problema.
- 3) Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica sea posible.
- 4) Si no se influye en los caracteres hereditarios no patológicos ni se busca la selección de los individuos o la raza.
- 5) Si se realiza en centros Sanitarios Autorizados.

c) Investigación sobre Gametos: Toda investigación básica y experimental está permitida en tanto y en cuanto no sean luego empleados con fines de procreación.

d) Investigación en embriones preimplantatorios: Debe contarse con:

- 1) Consentimiento escrito de todas las personas de las que provienen.
- 2) Que no desarrollen más allá de 14 días después de la fecundación del óvulo.
- 3) Que se realice en centros Sanitarios Legalizados.

Se autoriza la Investigación en embriones preimplantarios In Vitro Viabiles siempre que se trate de una Investigación de carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos y no se modifique el patrimonio genético.

Se autoriza también la investigación en embriones preimplantarios con fines distintos a los de comprobación de su viabilidad y diagnóstico:

- 1) Si se trata de embriones no viables.
- 2) Si se demuestra que no puede realizarse en el reino animal.
- 3) Si es parte de un proyecto debidamente autorizado por organismos sanitarios.
- 4) Si se realiza en plazos autorizados.

e) Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Desde Marzo de 2010, España cuenta con la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo propósito es garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y salud reproductiva establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS).²⁹²

En el Título II, artículos 13 y 14 de la presente ley, se prevé la despenalización de la práctica del aborto inducido durante las primeras 14 semanas del embarazo. Durante este período, la mujer podrá tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción de su embarazo. No habrá intervención de terceros en la decisión. El primero de dichos artículos establece como requisito esencial para dicha práctica: 1) Que sea realizada por un médico especialista. 2) Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. 3) Que se

²⁹² <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7135>.

realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal. Y 4) En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas, pero al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, desarraigo o desamparo.

El artículo siguiente expresa que podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad. 2) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Por último, el artículo 15 señala que el plazo de posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo aumenta hasta la semana 22, en casos de “graves riesgos para la vida o la salud de la madre o el feto”. A partir de la vigésima segunda semana, solo podrá interrumpirse el embarazo en dos supuestos: que se detecten “anomalías en el feto incompatibles con la vida” o que se detecte en el feto “una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

3. Alemania.

La legislación alemana es una de las más protectoras del embrión en el mundo. El respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Carta Fundamental), es la base de toda la legislación germana. En el Código Civil, el artículo 1, contiene la cláusula general de atribución de personalidad al nacimiento, conforme a la cual no se es persona, ni por lo tanto sujeto de derechos, sino desde que se nace.

La Ley de Protección de Embriones de 1990, pretende dotar al embrión de un status jurídico definiendo lo que se entiende por “embrión” y enunciando las prohibiciones fundamentales, sancionadas penalmente, que aseguran al embrión una protección mínima, principalmente frente a los investigadores. El ámbito de aplicación de los preceptos contenidos en la Ley cesa con la anidación del embrión en el útero, momento en el cual comienza la violación de las normas del Código Penal relativas a la interrupción voluntaria del embarazo.

Embrión a los efectos de esta Ley (art. 8) se considera al óvulo humano fecundado que es capaz de desarrollarse a partir de la fusión de los núcleos. El mismo término se aplica a toda célula totipotente que, extraída de un embrión, y, en presencia de ulteriores circunstancias, esté en grado de subdivisión y, desarrollándose, puede formar un individuo.

Lo que está fuera de duda es que el ser humano, antes del nacimiento, no debe ser considerado como una “cosa” y por tanto ser objeto de un derecho de propiedad.

a) La reimplantación.

La reimplantación se considera la finalidad normal del embrión concebido mediante fecundación in Vitro. Se castiga con pena privativa de la libertad o pecuniaria tanto la fecundación artificial de un óvulo humano para cualquier fin distinto de llevar a término un embarazo en la mujer de la cual el óvulo fue extraído, como el desarrollo extracorporal de un embrión con una finalidad distinta de la de llevar a cabo un embarazo.

Se pretende limitar la producción de embriones sobrantes prohibiendo la fecundación de más óvulos de los que puedan ser transferidos a una mujer en el curso de un ciclo.

b) La donación de embriones.

No se establece una prohibición general de la donación de embriones, con excepción de dos supuestos: 1) Se castiga a toda persona que fecunde un óvulo

in Vitro con una finalidad distinta de la llevar a término un embarazo en la mujer de la cuál se ha extraído el óvulo. 2) Se prohíbe extraer un embrión antes de su completa implantación en el útero, con el propósito de transferirlo a otra mujer o usarlo para un fin distinto que no sea su preservación.

Además, se prohíbe el comercio de embriones al sancionar la venta, disposición, adquisición o uso de embriones para cualquier fin distinto de su conservación.

El único supuesto que ha quedado fuera de las previsión del legislador es aquel de la producción, por cualquier causa, de embriones sobrantes respecto de los cuales no se decida una implantación en la mujer de la que se ha extraído el óvulo, y ello porque en este caso se plantea una doble alternativa: admitir la donación de embriones, lo cual es contrario a la intención del legislador, o dejarlos morir, con lo que se enfrentaría el principio de tutela de la vida humana desde la fecundación que inspira el cuerpo legal.

c) Las intervenciones sobre el embrión.

Como principio general se establece la prohibición de fecundar o extraer embriones con un fin distinto de asegurar su supervivencia y además se castigan las siguientes conductas: 1) la manipulación de embriones con finalidad distinta de su conservación. 2) la intervención sobre el embrión para modificar su cromosoma sexual, salvo en los casos en que se trate de evitar ciertas patologías graves ligadas al sexo y reconocidas oficialmente como tales. 3) la creación de embriones con gametos que hayan sufrido algún tipo de alteración genética. 4) la clonación y la formación de quimeras e híbridos.

La utilización de embriones para la extracción y donación de sus células, tejidos u órganos no se encuentra regulada en esta Ley, sino por el Código médico de 1987. En dicha regulación sólo se autoriza la extracción y donación de células o tejidos de embriones o fetos muertos, previo consentimiento de los padres.

d) Instancias de control.

La Ley no crea un órgano federal encargado del control de estas prácticas por lo que éste recaerá sobre los organismos profesionales regionales.

e) Unificación y legalización.

La reunificación de Alemania obligó a la homogeneización legal. Una nueva ley para una nueva nación fue aprobada por el *Bundestag* en el año 1992. Esta ley permite la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre, con orientación -consentimiento informado- y un período mínimo de espera de tres días desde el asesoramiento. El Parlamento Federal aprobó una nueva ley en 1995 donde básicamente destaca que la práctica del aborto no está cubierta por el sistema público de salud alemán, excepto para mujeres con escasos recursos económicos.

4. Francia.

El Código Civil francés no contiene una cláusula general determinante del comienzo de la personalidad legal, por lo tanto las reglas aplicables en la materia han sido deducidas de disposiciones particulares relativas a la capacidad para suceder (Art. 725 C.c.), a las donaciones (Art. 906 C.c.), y accesoriamente, a las acciones de filiación (Art. 311.4 C.c.), convertidas en principio general. De acuerdo con este principio no hay personalidad legal sino a partir del nacimiento, y bajo la condición que el niño nazca vivo y viable. Por razones de orden práctico, la personalidad jurídica es negada al niño nacido muerto o al embrión o feto no viable. Para los efectos puramente patrimoniales y de protección familiar, la adquisición de la personalidad se retrotrae a la fecha de la fecundación en beneficio del concebido, lo que es entendido por la doctrina, como una adquisición de la capacidad sometida a la condición suspensiva de nacer vivo y viable, o por un sector minoritario, como un reconocimiento de la personalidad jurídica del *nasciturus* desde el momento de la concepción.

El beneficio de la retroactividad no plantea dificultad alguna en el ámbito de la fecundación in útero, donde no se produce ninguna interferencia entre la fecundación y la gestación. En cambio, la fecundación *in vitro* y la posibilidad de

congelación de los embriones plantea la disociación entre fecundación y gestación, dificultando el mecanismo de la ficción.

En cuanto al “derecho a la vida”, el legislador francés no interviene sino parcialmente en la materia, dotando al “derecho a la vida y a la integridad física” de una reglamentación incompleta e insuficiente en las Leyes de 1975 (Ley Veil) y 1979, sobre la interrupción del embarazo, y la Ley de 1976, relativa a extracción y trasplante de órganos. Esta regulación, resultaba insuficiente para resolver los problemas derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y en especial, de la fecundación *in vitro*, concediendo al embrión humano un status especialmente ambiguo: objeto de derecho en su inicio, y posteriormente, y según la etapa de su desarrollo, sujeto de derecho.

Ahora bien, la regulación del estatuto jurídico del embrión, se llevó a cabo en 1994 a través de dos leyes:

*La Ley nº 94-653, Relativa al respeto del cuerpo humano, por la que se modificaron disposiciones del Código Civil y del Código Penal.

*La Ley nº 94-654, Relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, por la que se modifican determinados preceptos del Código de la Sanidad pública afectando a la regulación sobre trasplante de órganos, a las técnicas de reproducción asistida y al diagnóstico prenatal.

El legislador francés optó por una regulación especial de estas cuestiones, pero en un ejemplo de técnica legislativa, separó los tres ámbitos del ordenamiento jurídico especialmente afectados por aquéllas (civil, administrativo y penal), e introdujo en los cuerpos legales de cada uno de ellos las respectivas modificaciones.

En la elaboración de estas leyes estuvo presente la necesidad de definir el estatuto jurídico del embrión humano. Sin embargo, la imposibilidad de reconciliar las posturas de quienes defendían la consideración del embrión como sujeto de derechos y quienes lo equiparaban a una cosa, llevó al legislador a abandonar la

idea de un pronunciamiento expreso en esta materia, considerando prioritaria la protección jurídica del embrión.

La nueva redacción del artículo 16 del Código Civil (*“La ley asegura la primacía de la persona, prohibiendo todo atentado a la dignidad de la misma y garantizando respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”*), afirma la inviolabilidad y la no patrimonialidad del cuerpo humano, y parece adoptar una diferenciación entre la “persona”, que supone una conciencia de sí misma y cuya cualidad jurídica principal es la “dignidad”, y el “ser humano”(embrión y feto), al cual se le garantiza el “respeto”.

Por lo tanto, el respeto debido al embrión sería una especie de “predignidad” que posibilitaría una tutela objetiva del ser humano, independiente del momento al partir del cual el ordenamiento jurídico le reconozca capacidad jurídica y en consecuencia condición de sujeto de derechos.

En ese sentido, en el artículo 16.4 del Código Civil, se prohíbe todo atentado a la integridad de la “especie humana”, en particular, las prácticas eugenésicas tendientes a la organización de la selección de personas y la transformación de los caracteres genéticos con el propósito de modificar la descendencia, sin perjuicio de las investigaciones que tengan por finalidad la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas. Por lo tanto, se prohíbe el eugenismo colectivo, y la terapia genética en línea germinal.

Sin embargo, la consideración de Conseil Constitutionnel respecto de los embriones fecundados in Vitro fue distinta y señaló que: el legislador ha provisto a la concepción, la implantación y la conservación de embriones fecundados in Vitro de numerosas garantías, sin embargo no ha considerado que deba ser asegurada la conservación, en todas circunstancias, y por una duración indeterminada de todos los embriones ya formados; el principio de respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida no ha de ser aplicable a los embriones in Vitro; y, en consecuencia, el principio de la igualdad tampoco es aplicable a estos embriones.

En este sentido, se sugirió al legislador, durante el proceso de discusión la conveniencia de consagrar en el texto legal la distinción entre el “cigoto” y el “embrión” propiamente dicho, para delimitar los diferentes ámbitos de protección

en función del estadio de desarrollo embrionario. Esta propuesta fue rechazada y se optó por no adoptar la noción de pre embrión.

Así, la legislación de 1994 estableció los límites a la utilización del embrión humano, especialmente del concebido in Vitro, y lo hizo caso por caso, en función del estado de las técnicas y de los intereses existentes.

a) Desarrollo legislativo del estatuto jurídico del embrión.

1) La reimplantación.

Es considerada como el destino principal de los embriones. Un embrión únicamente puede ser concebido in Vitro en el marco y según las finalidades de una asistencia médica a la procreación, sin que pueda procederse a la concepción si, al menos uno de los gametos, no proviene de uno de los dos miembros de la pareja. Esta asistencia médica está destinada a responder a la demanda parental de una pareja y puede tener dos objetivos: remediar la infertilidad en la cual el carácter patológico haya sido diagnosticado, o evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave.

La pareja puede decidir por escrito que sea intentada la fecundación de una cantidad de óvulos no determinada en la ley, pudiendo decidir la conservación de los embriones sobrantes, con la intención de realizar su demanda parental en un período de cinco años. En el artículo 9 dispone que los embriones existentes a la fecha de la promulgación de la presente ley, sobre los cuales se verifique que no son objeto de una demanda parental, que no existe oposición a una posible acogida por parte de otra pareja y que cumplen las reglas de seguridad sanitaria en vigor al día de su transferencia, pueden ser confiados a una pareja cumpliendo las condiciones previstas legalmente. Únicamente cuando este acogimiento ("*l'accueil del'embryon*") es imposible, y el tiempo de conservación del embrión es al menos de cinco años, se permite poner fin a dicha conservación.

2) Las intervenciones sobre el embrión.

Con el propósito de mantener la vigencia del principio de respeto al ser humano desde el comienzo de la vida, la utilización de embriones o fetos humanos vivos debe ser limitada a aquellas intervenciones realizadas en su propio interés.

En este sentido se dispone que el embrión humano no pueda ser concebido ni utilizado para fines comerciales o industriales.

No se puede proceder a la concepción *in vitro* de embriones humanos con finalidades de investigación o experimentación, quedando prohibida toda práctica realizada sobre el embrión con estas motivaciones. Excepcionalmente, la pareja de la que procede el embrión puede consentir por escrito, que se lleven a cabo estudios sobre el embrión. Estos estudios deben perseguir una finalidad médica terapéutica y no pueden suponer un atentado para la integridad del embrión.

Sobre el embrión *in vitro* o *in útero*, la autorización de cualquier actividad terapéutica implica necesariamente la regulación de las condiciones en que debe efectuarse el previo diagnóstico de la misma. La Ley asigna al diagnóstico prenatal únicamente una finalidad informativa sobre el estado de salud del nasciturus, al entender por diagnóstico prenatal “aquellas prácticas médicas cuya finalidad es detectar in útero en el embrión, o en el feto, una afección de particular gravedad”.

El diagnóstico biológico efectuado a partir de células extraídas del embrión *in Vitro* solamente es autorizado a título excepcional y en las siguientes condiciones:

*Un médico que ejerza su actividad en un centro de diagnóstico prenatal pluridisciplinario debe atestiguar que la pareja tiene una probabilidad alta de dar nacimiento a un hijo afectado de una enfermedad genética de particular gravedad, reconocida como incurable en el momento del diagnóstico.

*Los dos miembros de la pareja deben expresar, por escrito, su consentimiento a la realización del diagnóstico.

*El diagnóstico no podrá ser efectuado sino al objeto de descubrir la afección, así como los medios de prevenirla y tratarla.

*Dicho diagnóstico no podrá ser efectuado más que en un establecimiento específicamente autorizado para esos efectos, previo informe de la Comisión nacional de medicina y biología de la reproducción y del diagnóstico prenatal, y dentro de las condiciones definidas por Decreto del Consejo de Estado.

Ahora bien, el artículo 21 de la ley establece que ésta será objeto de un nuevo examen por el Parlamento dentro del plazo máximo de cinco años a partir

de su entrada en vigencia. Por este motivo, el Consejo de Estado emitió un informe sobre las leyes de Bioética, cinco años después, que fue adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado en 1999.

Uno de los aspectos examinados es la prohibición de la concepción ad hoc de embriones humanos *in vitro* con fines de estudio, experimentación o investigación, considerando que en la medida en que la clonación mediante transferencia nuclear somática no es exactamente equiparable a la concepción in Vitro, la aplicación de la Ley a este supuesto es dudosa. Por ello el Informe propone autorizar la investigación en embriones in Vitro, pero únicamente en el caso de embriones supernumerarios (sobrantes de un programa de fecundación asistida).

Al respecto, se plantea la necesidad de encontrar un nuevo punto de equilibrio entre el respeto al comienzo de la vida que, en su acepción más estricta, conduce a la prohibición de investigar en un embrión in Vitro, por un lado, y el derecho de las personas afectadas por enfermedades muy graves a que la investigación médica progrese de manera que pueda beneficiarles, por el otro. Se trata –dice el Informe– de conciliar dos principios básicos esenciales. Dado que la creación de embriones con el único propósito de la investigación supondría un cambio radical con relación a los fundamentos de la propia ley francesa e iría en contra del artículo 18 de la Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la biomedicina, el Consejo se inclina por autorizar la investigación solamente de embriones sobrantes de programas de fecundación asistida, argumentando que la donación de embriones sobrantes para la investigación no parece contraria al respeto del ser humano con la condición que la pareja que ha producido estos embriones consienta formalmente en esta donación.

En definitiva, dice el Informe que aunque hay una diferencia de principio, que es conveniente señalar, entre el cese de la conservación y, por lo tanto, la “muerte natural” del embrión y las investigaciones sobre el mismo que producirán su destrucción, parece posible dejar a los genitores, después de ser informados con precisión de las consecuencias de su decisión, la libertad de elegir entre cesar

la conservación y realizar la investigación con sus embriones. El Consejo de Estado también propone una vigencia de cinco años para su nueva propuesta.

Siguiendo este Informe, se presentó al Parlamento para su discusión un proyecto de ley (20 de junio de 2001), que ha sido aprobado el 8 de Julio de 2004.

b) Ley Veil.

En Francia el aborto fue legalizado en 1975, a petición, inicialmente hasta la décima semana para extenderse hasta la duodécima semana de embarazo en 2001.

Después de la duodécima semana, dos médicos deben certificar que la salud de la mujer está en peligro o hay una alta probabilidad de que el feto sufra una grave enfermedad no curable, de lo contrario, el aborto se considera ilegal. Desde 1994, la ley francesa exige que los centros de diagnóstico multidisciplinario certifiquen que los defectos de nacimiento son lo suficientemente graves como para practicar el aborto después de las 12 semanas.

Cabe agregar, por último, que desde 1982 los abortos permitidos por ley se practican bajo absoluta cobertura del Sistema de Seguridad Social Francés.

5. Reino Unido.

En el presente apartado exponemos la legislación del Reino Unido y los criterios jurisprudenciales del Queen's Bench División at Liverpool, de este Reino, en relación a la protección jurídica del *nasciturus*.

Es necesario resaltar, que en el Derecho Inglés, no hubo un derecho anglosajón único, ni una unidad jurídica. Una de las fuentes principales de este derecho la constituye la jurisprudencia, las decisiones emitidas por los jueces "*case law*", las "*stare decisis*" que consisten en la obligación de los Tribunales de respetar las decisiones dictadas anteriormente por los jueces y las colecciones de reportes judiciales como "*year Books*" formados por manuscritos y en 1870, los "*Law Reports*". Algunos autores han sostenido que la influencia del Derecho Romano en la formación del Derecho Inglés fue escasa y que éste es una

“continuidad histórica”, una evolución ininterrumpida: del Common Law y de la Equity.²⁹³

Sin embargo, como expresa el Profesor Dr. Juan Carlos Ghirardi *“si bien el derecho anglosajón es muy distinto al europeo continental, hasta aquél –si no en el fondo al menos en la forma, si no en el contenido por lo menos en la metodología- lleva la impronta romanista”*.²⁹⁴

a) Legislación.

Las leyes que regulan la Interrupción Voluntaria del Embarazo en el Reino Unido, son: la Ley sobre el Aborto de 1967 (The Abortion Act 1967) y la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990 (The Human Fertilisation and Embriology Act 1990). La Ley de 1967, permitía el aborto hasta las 28 semanas de gestación. Fue enmendada en 1990 por la Ley de Fertilización Humana para reducir dicho período a 24 semanas.

The Abortion Act of 1967, en vigencia desde el 27 de abril de 1968, es de aplicación en parte del Reino Unido (Inglaterra, Escocia y Gales) quedando exceptuada Irlanda del Norte. En ésta última, solo se puede practicar el aborto en los casos que exista riesgo para la vida de la madre y constituye un delito que se puede castigar con la ley de delitos contra las personas según una ley de 1861 y por la ley penal de 1945.

La ley de 1967, despenaliza el aborto inducido por varias causales y con prestación médica del Servicio Nacional de Salud del Reino Unido: si está en riesgo la vida de la mujer, o para evitar lesiones graves permanentes a la integridad y salud física y mental de ésta, o si el embrión o feto puede ser afectado por discapacidad física o mental importantes. Admite la práctica hasta las veintiocho semanas de gestación.

En 1990, el 1 de noviembre de ese año, se promulga la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología, que introduce modificaciones a la Ley de

²⁹³ ISLAS COLIN, Alfredo. *La ponderación entre el derecho a la vida y la libertad de la mujer*. <http://www.juridicas.unam.mx/pública/livrev/rev/> (Consultado con fecha: 5/01/2013).

²⁹⁴ GHIRARDI, J.C.; ALBA CRESPO, J.J. *Manual de Derecho Romano*. 1ª edición. Córdoba. Eudecor. S.R.L.1999.

Aborto ya citada. Ésta, incorpora controles sobre las nuevas técnicas desarrolladas para ayudar a parejas infértiles y para hacer un seguimiento de los experimentos con embriones, según expresa su texto. También clarifica las circunstancias y condiciones bajo las cuales un aborto será considerado legal. Así establece que: 1) la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo debe presentarse antes de finalizar la vigésima cuarta semana del mismo, 2) se requiere la presentación de un certificado extendido por dos médicos que exprese que la salud física o mental de la mujer o de sus hijos corren peligro en caso de continuar el embarazo o, 3) que estudios médicos prueben que el niño corre riesgo de nacer con malformaciones o con una afección mental grave (artículo 37.1).

El proceso que lleva en el Reino Unido a la promulgación de la Ley de Fertilización de 1990 (ésta se modifica el 24 de enero de 2001) tiene su punto de partida en una comisión que creó el gobierno inglés para que llevara a cabo el estudio de la fertilización humana y la embriología; esta comisión estaba presidida por la Sra. Warnock y formada por 15 miembros con experiencia en diversas disciplinas. Dicha Comisión dio a conocer en julio de 1984 el denominado “Informe Warnock”, que es el punto obligado de referencia en el estudio de estas técnicas, porque es el primer informe europeo que aborda la procreación asistida de forma completa y ha influido de forma determinante en prácticamente todas las comisiones encargadas de elaborar estudios sobre la procreación asistida en los países europeos. Contiene sesenta recomendaciones. Entre ellas la que se refiere al *status jurídico* del embrión, ya que se admite la experimentación con embriones antes de los catorce días desde la fecundación, considerándose delito si se realiza después.²⁹⁵

En lo que se refiere a los menores, la Ley de Reforma del Derecho de Familia (Family Law Reform Act) de 1969, determinó que un menor de dieciséis años puede consentir esta práctica sin autorización de sus padres o tutor.

²⁹⁵ GAFO, J.; GUERRA, José M.; FERNÁNDEZ MORIS, Julia; GONZÁLEZ MORÁN, L. *Procreación Humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid. Ed. Universidad Pontificia Comillas”.1998.

b) Criterio jurisdiccional

Causa: Paton v. British Pregnancy Advisory Service. Fecha: 24 de mayo de 1978.

Hechos: una mujer embarazada de su esposo, recibe un dictamen de dos médicos que consideraron que continuar con el embarazo constituía un serio riesgo físico y mental para su salud. La madre, acogiéndose a The Abortion Act of 1967, decide abortar. El esposo, que no fue consultado, no estaba de acuerdo ya que argumentaba que tenía derecho a intervenir en el destino del niño en gestación y por ello interpone ante la Corte un requerimiento judicial restrictivo en contra del British Pregnancy Advisory Service y de su esposa para evitar que ésta pudiese abortar sin su consentimiento.

Litis: El caso se centra principalmente en el poder del esposo para evitar o consentir que su esposa se practicara un aborto y en ese sentido decidir sobre el destino del niño en gestación.

Argumentos jurídicos: El Tribunal del Queen's Bench Division at Liverpool, consideró que el requerimiento judicial restrictivo para evitar que la mujer abortase sin el consentimiento del padre "*carecía de fundamento*" por lo siguiente:

1) Un primer aspecto, que consideró el Tribunal, era si lo que estaba en juego, en todo caso, era un derecho del padre o un derecho del feto. Respecto lo cual afirmó que el feto, de acuerdo al ordenamiento jurídico inglés, no goza de ningún derecho por sí mismo hasta que nace y tiene una existencia independiente de la madre. Es decir, que el feto no tiene un derecho de acción, ni de ningún otro tipo.

2) Señaló que el esposo no puede mediante requerimiento judicial, detener a su esposa a practicarse un aborto, cuando el supuesto de hecho cumple con los requisitos y condiciones señaladas por The Abortion Act of 1967. La responsabilidad social, se deposita en los profesionales médicos, quienes una vez que dictaminan de buena fe la necesidad de un aborto, se fija la viabilidad del mismo.

3) El Tribunal apuntó que en el caso se cumplían todos los requisitos señalados por The Abortion Act, entre los cuales no se considera el derecho del

padre para opinar respecto a la terminación del embarazo. Por ello, éste no tiene ningún derecho para impedir que su esposa se practicase un aborto, o detener a los médicos de dictaminar la necesidad del mismo.

De acuerdo a la jurisprudencia sentada por el Tribunal, éste consideraría al derecho de abortar como un derecho absoluto, en la medida que se cumpla con los requisitos legales, los señalados en The Abortion Act, ya que el feto carecería del derecho a permanecer en el vientre de la madre., no se produciría el daño hasta que la persona no nazca. El aborto es un derecho de la mujer, en cambio el *nasciturus* tiene un derecho eventual, limitado al nacimiento. Esta postura es diferente a la del Tribunal Constitucional Alemán, el cual resolvió que el ordenamiento jurídico alemán, debía otorgarle al no nacido un derecho a la vida, independiente del correspondiente a su madre.

Finalmente cabe agregar que la doctrina mundial en general tiende a catalogar al sistema inglés – mejor dicho anglosajón- como aquél que niega la condición de sujeto de derechos al embrión y le considera como un objeto de experimentación, material biológico disponible, sistema éste favorable a la clonación sin fines reproductivos.

6. Italia.

El Código Civil Italiano de 1942, en su “Libro Primo – Delle persone e della famiglia”, título I “delle persone fisiche”, dedica su artículo primero a la “Capacità Giuridica” disponiendo que la misma se adquiere desde el momento del nacimiento, agregando que los derechos que las leyes reconozcan a favor del concebido son subordinados al evento de su nacimiento. Con esto se asemeja a lo dispuesto por el Código Civil Alemán.

a) Aborto Libre y gratuito hasta los 90 días.

El 22 de mayo de 1978 fue aprobada en el Parlamento italiano la ley 194, que permite la práctica del aborto en determinadas circunstancias. Dicha disposición lleva el siguiente título: "Normas para la tutela social de la maternidad y acerca de la interrupción voluntaria de la gravidez". La ley italiana permite el

aborto, dentro de los primeros noventa días de embarazo, en caso de que haya serio peligro para la salud física y psíquica de la madre; existan dificultades económicas, sociales o familiares; o bien ante el temor de anomalías o malformaciones del que va a nacer. Lo cierto es que, la sociedad italiana manifiesta que en la práctica, todo motivo personal serio es suficiente para interrumpir el embarazo sin caer en delito.

Para practicar el aborto después de los noventa días de gestación, la ley es más severa: se permite sólo en caso de peligro físico para la madre o de temor de mal formaciones del feto.

La mujer que desea abortar debe presentarse en un consultorio familiar ante su médico de confianza, donde se analizan los motivos por los que quiere abortar. Luego se le da un certificado y después de siete días puede llevar a cabo su decisión en una de las estructuras sanitarias legalizadas. En caso de urgencia, el médico puede decidir la intervención inmediata sin esperar los siete días. En la conversación con el médico o con los miembros del consultorio se intenta buscar otra solución al aborto, según el motivo aludido. Pero la decisión final es pura y exclusiva de la mujer.

Para las mujeres menores de dieciocho años se prevé el permiso de quien ostente la patria potestad sobre ellas, pero si en algún caso se desaconseja pedir el permiso a los padres, el médico puede dirigirse a un juez tutelar para que permita o rechace el aborto. La decisión del juez es inapelable.

b) Objeción de Conciencia.

Una cuestión no menor en la presente ley es la referida a la objeción de conciencia que pueden hacer los médicos y todo el personal relacionado con la actividad sanitaria para intervenir en un aborto.

Dicho tema es considerado en Italia como un verdadero freno al aumento de la práctica abortiva.

Cabe asimismo aclarar que los médicos que por convicción personal, religión, o compromiso con sectores antiaborto, deciden optar por no practicar dichas maniobras, deben manifestarlo de manera pública y fehaciente.

c) Poca Anticoncepción, pocos abortos y baja natalidad.

Por último debemos agregar que la República Italiana representa un caso muy particular donde confluyen tres fenómenos o situaciones: Baja anticoncepción, relativamente pocos abortos desde la sanción de su ley y baja natalidad.²⁹⁶

7. Portugal

a) El aborto: sistema.

Como consideración inicial, debemos aclarar que en la actualidad y con carácter general, el aborto es libre en la República de Portugal, dentro de las primeras diez semanas de embarazo. Pasado este plazo el aborto es no punible en razón de varias causales.

b) Legislación.

Con anterioridad a la última ley de aborto en este país, promulgada el 10 de abril de 2007, que lleva el número 16/2007, la legislación de Portugal, era una de las más restrictivas de Europa en materia de aborto. El Código Penal portugués preveía una pena de prisión de hasta tres años para las mujeres que hubieran abortado. En el año 1982, se aprueba la primera ley que regula la práctica del aborto, en caso de violación, malformaciones del feto y en caso de grave problema de salud para la mujer relacionado con el embarazo. El tema del aborto fue sometido a *referendum* el 11 de febrero de 2007, el cual aprobó el proyecto de ley que se sometía a consideración y que despenalizaba el mismo. Posteriormente el proyecto fue aprobado por el Parlamento y ratificado por el Presidente de la República y promulgado como ley el 10 de abril de 2007.

²⁹⁶ http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=17969.

Analizando el texto de la nueva ley, se puede advertir que (como ya se expresó supra) el aborto es libre dentro de las primeras diez semanas de gestación, pasado ese plazo, es no punible en los siguientes casos: 1) grave riesgo para la vida o la salud física o psíquica de la madre y se realiza en las primeras doce semanas del embarazo; 2) si el embarazo es consecuencia de violación y se realiza en las primeras dieciséis semanas de gestación; 3) si se aprecian motivos seguros de que el *nasciturus* tiene una enfermedad o malformación congénita, con un límite de veinticuatro semanas; 4) en caso de fetos no viables o en aquellos casos en que se acredite que el aborto es el único medio para proteger la vida de la madre o preservarla de un riesgo grave o irreversible de lesión a su salud física o psíquica, caso para el cual no existe límite temporal.²⁹⁷

c) Régimen de la prestación.

La verificación de las causales debe ser certificada por un médico diferente del que realiza el procedimiento y acompañada por el consentimiento escrito de la mujer que pide el aborto y para el caso de las menores de 16 años, con consentimiento del esposo, padres o parientes. La mujer tiene un período de reflexión de 3 días con asistencia psicológica. Además, todos los abortos quedarán inscriptos en un registro “anónimo y confidencial”. Esta práctica se puede hacer en hospitales públicos o privados autorizados y es gratuita.

Con la promulgación de esta ley, Portugal deja atrás la regulación restrictiva en materia de aborto y que la diferenciaba de la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos.

8. Polonia.

La República de Polonia tiene una marcada política proteccionista hacia el feto humano. Desde 1997 rige el “Acta para el planeamiento familiar, la protección del feto humano y las condiciones para la terminación del embarazo”.

²⁹⁷ www.despenalizacióndelaborto.org.ar/pdf/...Leyes. Fecha consulta: 20/12/2012.

En su primer artículo el acta declara que “todo ser humano goza del derecho natural a la vida desde el momento de su concepción” y en artículos siguientes delega la responsabilidad de garantizar este derecho primordialmente a agencias del estado.²⁹⁸

El tema de esta acta que ha provocado mayor controversia es aquel que corresponde a las condiciones para la terminación del embarazo.

La República de Polonia es, junto a Irlanda y Malta, uno de los pocos países europeos que mantienen en la actualidad una legislación marcadamente anti-abortista pero no siempre ha sido así.

Históricamente Polonia había sido un adelantado dentro de los países europeos. En 1932 el código penal despenalizó el aborto por razones médicas y agregó, lo que fue una novedad entre los países europeos, el aborto como consecuencia de actos criminales.

En los años posteriores a esta sanción del código penal, la situación cambió cíclicamente. Durante la ocupación nazi, el régimen vigente fue el alemán para luego retornar en vigencia el sistema mencionado. En el año 1956 el aborto fue legalizado en la Polonia comunista, con distintos criterios más o menos restrictivos en las décadas del 60 y del 70, la situación se mantuvo estable hasta la década del 90. En esta época junto con la caída del comunismo comenzó un nuevo debate en la sociedad polaca respecto al aborto.

Como consecuencia del mismo, se firma el acta anteriormente mencionada, donde se concluye en la prohibición del aborto salvo tres circunstancias:

1- Que el embarazo presente un riesgo grave a la salud o la vida de la madre.

²⁹⁸ Acta de planeamiento familiar, protección del feto humano y condiciones para la interrupción del embarazo (Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży).

<http://mopr.szczecin.pl/dokumenty/ustawa-o-planowaniu-rodziny.pdf>

2- Que del examen prenatal, u otra razón médica, surja una alta probabilidad de daño severo e irreversible en la salud del feto o una enfermedad incurable capaz de provocar la muerte del niño.

3- Si hay sospecha confirmada de que el embarazo es consecuencia de un acto criminal. Solo será posible dentro de las primeras 12 semanas de gestación y las circunstancias criminales deben ser confirmadas por un fiscal.

En los casos 1 y 2 el diagnóstico debe ser confirmado por un médico distinto a aquel que lleve a cabo el aborto y solo podrá realizarse en hospitales públicos mientras que el 3er caso puede tener lugar en clínicas privadas.

Los distintos accionares que contraríen esta legislación, como ser, el médico que realice un aborto ilegal, quien incite a la mujer a abortar, quien preste ayuda para llevarlo a cabo, y otras conductas similares y reprochables estarán sujetos a las sanciones que impone el código penal (hasta 12 años de prisión en algunos casos).

Esta legislación vigente desde 1993 fue dejada sin efecto en 1996 para volver a tomar fuerza de ley al año siguiente. La prohibición impuesta en Polonia trae aparejado como consecuencia no solo que se realicen miles de abortos clandestinos, en situaciones insalubres, sino también que miles de mujeres polacas viajen todos los años a países fronterizos a interrumpir sus embarazos.

El motivo de la gran diferencia en la prohibición estricta de la República de Polonia en comparación con todos sus países vecinos se encuentra en las raíces fuertemente católicas de la sociedad polaca.

La fuerza moral que mantiene la religión cristiana en Polonia, a pesar del paso del comunismo por tantos años, se debe en gran parte a la figura de Karol Wojtyła, el Papa Juan Pablo II. Este Papa de nacionalidad polaca le devolvió a la Iglesia millones de fieles que el comunismo le había quitado tanto en Polonia como en todos los países de Europa del este donde estuvo presente.²⁹⁹

9. Holanda y Países Escandinavos.

²⁹⁹ The Report. The anti-abortion law in Poland. Septiembre 2000. Editado por Wanda Nowicka.

En la República de Holanda se encuentra legalmente permitido que una mujer se practique un aborto hasta la 24ta semana de embarazo, es decir, hasta que el feto comienza a ser viable. Los abortos pueden ser practicados solamente en una de las 15 clínicas y 94 hospitales habilitados a tal efecto, previa consulta medica. Si un aborto se practica luego de las 24 semanas, no se haya comprendido dentro del Acta de Terminación de Embarazo, y deben ser reportados a un Comité. Con respecto a los costos, son costeados por el Estado si la mujer es de nacionalidad holandesa, y si no lo son, deben abonarlo por sus propios medios.³⁰⁰

Es de destacar que a pesar de ser una Nación que permite el aborto, la cantidad de embarazos no deseados y abortos practicados es relativamente baja si lo comparamos con otros países.

A pesar de estar permitido en forma limitada en la actualidad, estaba penado por el Código Penal de 1886, pero no había condenas debido a la dificultad de probar que el feto estaba con vida antes del aborto, que era un requisito indispensable.

En 1911 fue estrictamente prohibida por el Acta de Moralidad excepto en aquellos casos en que era practicada para salvar la vida de la mujer embarazada.

No fue sino hasta 1970 cuando comenzaron a haber debates en torno a la despenalización del aborto, no habiendo consenso entre las distintas corrientes.

Finalmente el 1 de Noviembre de 1984 comenzó a tener efecto la ley en su forma actual, que considera al aborto un crimen si no se realiza en una clínica u hospital especializado a tal efecto, por un médico con un certificado oficial para practicarlo, y siempre que la mujer que lo solicita declare que se considera una situación de emergencia.³⁰¹

Es la de Holanda una política marcadamente liberal en estos temas, legalizando el aborto, la investigación con embriones de menos de 14 días siempre que la investigación no suponga su destrucción y la investigación en células madres con los embriones sobrantes de las fecundaciones in vitro.

³⁰⁰ <http://www.government.nl/issues/health-issues/abortion>.

³⁰¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_the_Netherlands.

En el resto de los países escandinavos, el aborto también se encuentra despenalizado.

En Noruega se brindan además amplios servicios en lo que a salud reproductiva respecta, tanto para la interrupción de embarazos no deseados como así también para la prevención de enfermedades sexuales, siendo pionera en la reducción de mortalidad materna por causas vinculadas a la gestación. Tiene además fuertes programas de planificación familiar, ocupando un lugar destacado en la conferencia de Población y Desarrollo.

Desde 1979 se permite que el aborto sea realizado a demanda durante las primeras 12 semanas de gestación y por decisión de un comité médico luego de transcurrido este lapso.

Podemos observar similares evoluciones legislativas en Suecia y Dinamarca, todas desarrollándose finalmente en la despenalización del aborto. Podemos concluir que aunque las legislaciones sobre este controvertido tema han sido significativamente desiguales, en esta zona del globo pueden observarse notables similitudes y posiciones legislativas.

10. Conclusiones.

Frente a los inconmensurables avances científicos en el campo de la medicina, ciencia ésta que ha alcanzado por un lado la posibilidad de prolongar la vida de un paciente terminal mediante métodos como la asistencia mecánica cardiorrespiratoria, sonda naso gástrica y vesical, etc., y ha llegado por el otro al punto de detentar y crío conservar los componentes esenciales y originarios de un futuro ser humano (banco de óvulos y espermas) o ser humano en sí (banco de células madre), creemos que resulta necesario contar con un Derecho permeable, adaptable a la realidad científica actual pero con la suficiente entidad como para priorizar el interés y el bienestar del ser humano sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia; ello, partiendo del respeto a la dignidad de la persona humana y a los derechos y libertades fundamentales que le son inherentes.

Un Derecho así pensado, deberá brindar protección absoluta a los componentes que posean esperanza real de concretarse en una fecundación,

procurando alcanzar un equilibrio adecuado entre la libertad de investigación científica y la dignidad e identidad de la persona humana.

11. Bibliografía

1.- Aborto en España.

<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7135>. (Consultado con fecha 05/05/2012).

2.- Aborto en Holanda.

http://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_the_Netherlands. (Consultado con fecha 12/01/2013).

<http://www.government.nl/issues/health-issues/abortion>. (Consultado con fecha 12/01/2013).

3.- Aborto en Noruega.

<http://www.diassere.org.pe/RHM4.pdf#page=99>.

(Consultado con fecha 15/01/2013).

4.- Acta de planeamiento familiar, protección del feto humano y condiciones para la interrupción del embarazo (Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży).

<http://mopr.szczecin.pl/dokumenty/ustawa-o-planowaniu-rodziny.pdf>.

(Consultado con fecha 15/11/2012).

5.- Biblioteca de la Legislatura de la Provincia de Córdoba. Consulta Personal.

6.- Biblioteca del Istituto Italiano di Cultura. Ufficio Culturale del Consolato Generale d'Italia in Córdoba.

7.- Consulado General de España en Córdoba. Consulta Personal.

8.- Cuerpo Humano, Persona y Familia, Separata de Derecho de Familia (Libro Homenaje a la Profesora Doctora María Josefa Méndez Costa) Santa Fe, Argentina, 1990, pág. 303.

9.- El Estatuto Jurídico del Embrión. www.aeioetica.org (consultado con fecha 25/04/2012).

10.- El embrión humano: estatuto biológico, antropológico y jurídico. Publicación de la Facultad de Medicina, Ciencias y Farmacia de la Universidad de Navarra. España. www.unav.es. (Consultado con fecha 02/05/2012 y 02/02/2013).

11.- El extraño caso de Italia. Poca natalidad, poca contracepción y baja el aborto. Forum Libertas.com Diario Digital 20/09/2010.

http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=17969. (Consultado con fecha 29/04/2012).

12.- GAFO, J.; GUERRA, José M.; FERNÁNDEZ MORIS, Julia; GONZÁLEZ MORÁN, L. **Procreación Humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales**. Madrid. Ed. Universidad Pontificia Comillas".1998.

13.- GHIRARDI, J.C.; ALBA CRESPO, J.J. **Manual de Derecho Romano**. 1ª edición. Córdoba. Eudecor. S.R.L.1999.

14. – ISLAS COLIN, Alfredo. **La ponderación entre el derecho a la vida y la libertad de la mujer**. <http://www.juridicas.unam.mx/pública/livrev/rev>. (Consultado con fecha: 5/01/2013).

15.-The Report. The anti-abortion law in Poland. Septiembre. 2000. Editado por Wanda Nowicka.

http://www.federa.org.pl/dokumenty_pdf/publikacje/antiabortion-law-poland-report.pdf. (Consultado el 18/11/2012).

16.- Traducción de parte del Acta realizada por la Escuela de Salud Pública de Harvard.

<http://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/POLAND.abo.htm>. (Consultado el 18/11/2012).

17.- www.despenalizaciondelaborto.org.ar/pdf/...Leyes. Fecha consulta: 20/12/2012.

12. El derecho chino

Nos ocupamos fundamentalmente, dada la trascendencia del tema, de la cuestión del aborto y la regulación de los nacimientos.

a) El aborto y el infanticidio femenino

La cuestión del aborto en la República Popular de China es muy controvertida y merece un profundo análisis, considerando no únicamente la legislación vigente, sino también los rasgos culturales de dicho país. A su vez, a la hora de su estudio, hemos de tener un estricto cuidado con las fuentes utilizadas, dada la marcada subjetividad impresa en los textos informativos, los libros, y la prensa.

Para comprender la realidad del fenómeno del aborto en China, debemos adentrarnos en la cultura de dicho pueblo, y a su vez, tener muy presente la legislación utilizada como base de la planificación familiar en 1979, que ha sido un importante factor de incidencia sobre el desorden demográfico de el país, y la tan alta tasa de abortos.

En el año 1979, el dirigente chino Deng Xiaoping (1904-1997), sosteniendo en su discurso el hecho de que muchos de los problemas de su país derivaban de su exceso de población, en miras a frenar el exacerbado crecimiento poblacional que venía dándose en el país, decretó que los ciudadanos chinos podrían tener, desde entonces, solamente un hijo, y en caso de violar dicha determinación, deberían someterse a multas económicas. Esta idea de planificación familiar está consagrada en el artículo 25 de la Constitución de dicho país, que reza *“El Estado impulsa la planificación familiar para que el crecimiento demográfico concuerde con el plan de desarrollo socioeconómico.”*³⁰² y en el artículo 45, que establece que tanto el esposo como la esposa deben practicar la planificación familiar.

Esta conocida “política del hijo único en China”, con la Comisión Nacional de Planificación Familiar creada en marzo de 1981 como órgano destinado a aplicarla, ha provocado consecuencias demográficas graves desde su instauración, como el descenso en la tasa de fertilidad, el infanticidio femenino, el envejecimiento poblacional y el desequilibrio de géneros, lo que ha llevado al gobierno chino a adoptar medidas para poner freno a las devastadoras secuelas.

En cuanto al infanticidio femenino, hemos de comprenderlo sólo si nos empapamos de la cultura china por un momento. Existe en china un dicho popular:

³⁰² Constitución de la República Popular de China de 1982 traducida al español en http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1232451324Constitucion_china_ES.pdf

“Es mejor criar cisnes que tener hijas”. ¿Por qué la gente sostiene esto? ¿Por qué la preferencia por los hijos varones? Según una tradición china heredada del confucianismo, se relega a las hijas al último escalafón de la familia porque se considera que no pueden aportar ayuda económica, ni cuidar a los padres cuando son mayores. Además de esto, siendo una sociedad patriarcal, se busca tener hijos hombres para que continúen con el linaje familiar. Dicho en pocas palabras, tener una hija, en China es decepcionante.

Habiendo dicho lo que antecede, se entiende que cometeríamos un grave error al analizar la cuestión del aborto sin considerar las variables de “política del hijo único”, “cultura” e “infanticidio femenino”, que se encuentran íntimamente relacionadas.

Considerando entonces el dato cultural sobre la preferencia de los chinos de concebir hijos varones, hemos de entender que muchas familias, al tener una niña, y con la posibilidad de tener tan sólo un hijo dada la legislación de 1979, decidan abandonarla a su suerte, o darla en adopción, en el mejor de los casos.

La Comisión Nacional de Planificación Familiar realiza numerosos controles periódicos de embarazos, y las multas por incumplir la política del hijo único son de extrema gravedad, consistiendo no sólo en una alta suma de dinero, sino también, muchas veces conllevan la pérdida de empleo de los padres, la asignación de una vivienda mucho menor de la que tiene la familia, menos aportes de comida, y a los niños o niñas nacidas sobrepasando el hijo permitido, les niegan los documentos de registro de residencia que se requieren para acceder a la atención médica, educación, y otras prestaciones sociales. Se concede, a su vez, a las parejas en edad fértil, el derecho a obtener métodos anticonceptivos gratuitamente, y el acceso gratuito a operaciones gratuitas destinadas a frenar el crecimiento poblacional, como abortos y esterilizaciones.

Por estas devastadoras consecuencias para los incumplidores, la cuestión cultural de preferencia de hijos varones, y las técnicas para conocer antes del nacimiento el sexo del feto, desarrolladas en los años 80, sumada a la presión ejercida por las autoridades locales para evitar la procreación de más de un hijo por familia, se ha generado una preocupante ola de abortos de niñas en China.

Según estudios de la Organización de Naciones Unidas, India y China se reparten el 80 por ciento de los infanticidios y abortos selectivos que se dan en el mundo. Se practica a tal nivel el aborto selectivo en China, que en algunas regiones se han prohibido las ecografías en las que se puede conocer el sexo del bebé.

El fenómeno del aborto e infanticidio selectivo está teniendo un grave impacto demográfico. Según la Comisión de Planificación Poblacional y Social de China, en el año 2020 la cantidad de hombres en el país será de treinta millones más que la cantidad de mujeres.

En el año 2002, con el fin de unificar en todo el país las políticas en materia de planificación familiar y salvaguardar los derechos de las personas, China aprobó la Ley sobre población y planificación familiar, positivizando lo dictaminado en el año 1979. Están exceptuados de la política del hijo único las minorías étnicas, a las que se les autoriza tener dos hijos en zonas urbanas y hasta 3 o 4 en zonas rurales; y los habitantes de la mayoría de las zonas rurales, que están autorizados a concebir un segundo hijo si el primogénito es de sexo femenino, y siempre y cuando aguarden cuatro años para tenerlo y la madre tenga al menos 28 años. En el año 2008, tras el terremoto de Sichuan, se promulgó una nueva excepción para los padres que hubieran perdido hijos en la tragedia, o cuyo hijo hubiese resultado discapacitado a partir de la tragedia. Presentando estos un certificado peticionando habilitación para tener otro hijo, podrían acceder a tenerlo sin sufrir los perjuicios de las penas a los incumplidores de la normativa.

Habiendo analizado esto, pretendo centrarme ahora en la legislación china sobre el aborto. Antes de establecerse la República Popular de China, y hasta la medida del hijo único implementada desde enero del año 1979, abortar era ilegal en dicho país. A partir de entonces, se consideró una forma más de abrazar los objetivos del control de la población china, y dejó de prohibirse.

Hoy en día, abortar en la República Popular China, es legal y es un servicio sanitario gratuito que ofrece el gobierno a pedido de la mujer, sin requerirle a ésta que pruebe que ha sido sometida sexualmente o que tiene el número permitido de

hijos, y sin requerir tampoco el consentimiento de varios médicos que certifiquen un posible riesgo a la salud de la misma.

Es de destacar que aún siendo legal el aborto en este país, se prohíbe la el aborto selectivo de mujeres por diagnóstico prenatal del sexo, por la preferencia mencionada *supra* de los chinos de tener hijos varones; por lo tanto el diagnóstico prenatal del sexo y el aborto selectivo (decidir abortar solo porque se sabe el género y no se desea un hijo de ese género) son ilegales en China.

Como consecuencia de la aterradora realidad que generó la política del hijo único, el gobierno chino ha implantado ciertas medidas que tienden a morigerar los resultados perniciosos de la misma. Así, la ley china establece claramente la prohibición de abortar más allá del sexto mes de embarazo, por el riesgo que se corre de causar lesiones graves a la madre.

A mediados del mes de junio del año 2012, causó gran conmoción a nivel internacional la fotografía publicada en Internet de una mujer china, de nombre Feng Jianmei, que había sido obligada por funcionarios a abortar, al séptimo mes de embarazo, dado que ya tenía un hijo, y no disponía del dinero para afrontar la multa correspondiente por concebir por segunda vez. En la fotografía se mostraba a la mujer en una cama de hospital, junto a su hijo muerto por una inyección clínica. Si bien, por la respuesta mundial y la opinión pública más que negativa generada por la publicación de la fotografía, y la prohibición de abortar más allá de los seis meses de gestación, se penó a los funcionarios que obligaron a esta mujer a abortar, así como Jianmei, muchas mujeres chinas han sido forzadas a abortar, siendo los abortos forzados en este país, moneda corriente.

b El hijo único

La política del hijo único sigue vigente en la República Popular de China, si bien ha sido morigerada por disposiciones ulteriores con el paso de los años. Lo cierto es que, si bien existe un sector social que la ve con buenos ojos, dado el freno al aumento poblacional del cuarto de la población mundial que representa China, tiene grandes consecuencias negativas, y no sólo a nivel demográfico. El aborto en China es una realidad. No sólo lo permiten las leyes locales,

ofreciéndolo como un servicio gratuito a la comunidad, sino que también se lo promueve activamente como medida para promover la planificación familiar y evitar más sobre poblamiento del país, y, lo que es más grave, muchas veces se fuerza a mujeres encintas a realizarlo, si ya han tenido su “cuota de hijos” permitidos, lo que implica consecuencias devastadoras a nivel libertad de procreación y derechos humanos.

c) Bibliografía

Constitución de la República Popular de China de 1982 traducida al español. Consultada el 19 de Octubre de 2012. http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1232451324Constitucion_china_ES.pdf

LEE, James Z., FENG, Wang, **“One Quarter of Humanity: Malthusian Mythology and Chinese Realities”**, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999. 248 pp.

NIE, Jíng Bao **“Behind the Silence: Chinese Voices on Abortion”**, Lanham MD, USA, 2005. 294 pp.

BEZLOVA, Antoaneta, **“Terremoto sacude política del hijo único”**. Consultada el 22 de Octubre de 2012. en <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=88577>

Centro de Información de Internet China en español Consultada el 22 de Octubre de 2012, en <http://www.spanish.china.org.cn/>

GUTIÉRREZ, Laura **“30 años de la política de un solo hijo en China: El control de natalidad cumple tres décadas en el gigante asiático”**. Consultada el 10 de Marzo de 2013, en <http://suite101.net/article/30-anos-de-la-politica-de-un-solo-hijo-en-china-a11370#ixzz2PG6AWyld> .

GOMÀ, Daniel, **“¡No más niños!: Análisis y balance de la política china del Hijo Único treinta años después de su implantación”**, Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. [En línea]. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1 de enero de 2011, vol. XV, nº 348._Consultada el 9 de Marzo de 2013, en <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-348.htm>. [ISSN: 1138-9788].

JUSTO, Marcelo **“China: 30 años de la política del hijo único”**, en http://www.bbc.co.uk/mundo/economia/2010/09/100923_china_hijounico_sociedad_mj.shtml. Consultada el 9 de Marzo de 2013.

Pierrot, Alfredo G. **“Desequilibrio poblacional mujer-hombre, según censo reciente”** en <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/38364> Consultada el 20 de Octubre de 2012.

“Indignación por el caso de una china obligada a abortar un embarazo de siete meses”. Consultada el 20 de Marzo de 2013, en http://www.clarin.com/sociedad/CONDENA-INTERNACIONAL_0_719328272.html

“China: control natal o esterilización ilegal de la población”, en <http://www.corresponsaldepaz.org/news/2010/04/26/0002> Consultada el 20 de Marzo de 2013.

“China asegura que mantendrá su política de planificación familiar”
Consultada el 10 de Marzo de 2013, en:
<http://www.elnuevoherald.com/2013/01/15/1384715/china-asegura-que-mantendra-su.html#storylink=cpy>

H) DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO. PAÍSES DEL MERCOSUR Y CHILE.

1. Uruguay.

a) Código Civil.

Este cuerpo legal considera persona a todos los individuos de la especie humana (Art. 21 CC). A diferencia del Código de Chile, no tiene consideraciones respecto del momento a partir del cual comienza el individuo a ser considerado persona.

b) Código Penal.

A pesar de la falta de regulación en la legislación civil que fije el momento a partir del cual el individuo comienza a ser considerado persona, el Código Penal de Uruguay protege a la persona por nacer y a la mujer embarazada condenando el delito de aborto y lesiones graves (Arts. 325 a 328 y Arts. 317 a 318 CP).

Al respecto castiga a la mujer que se efectuara o consintiera su aborto y al que colaborara con ella o lo ocasionara, con o sin su consentimiento. Asimismo establece una serie de circunstancias agravantes, entre las que se encuentran:

- a. Cuando resultara la muerte o lesiones graves o gravísimas de la mujer embarazada a consecuencia del aborto practicado por un tercero, con o sin su consentimiento.
- b. Cuando se cometiera con violencia o fraude.
- c. Cuando se ejercitare sobre la mujer menor de dieciocho años, o privada de razón o de sentido.

d. Cuando se practicara por el marido o cuando se haya cometido el hecho con abuso de autoridad, o de las relaciones domésticas o de la cohabitación, o con violación de los deberes inherentes al estado, cargo, oficio o profesión.

Por otra parte fija como circunstancias atenuantes las siguientes:

a. Si el delito se cometiere para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo. El móvil del honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo.

b. Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación.

c. Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, por causas graves de salud,

d. En el caso de que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica.

En todos estos casos la práctica abortiva debe efectuarse dentro de los tres primeros meses de la concepción por un médico.

Quedan eximidas de pena las siguientes situaciones:

a. Si el delito se cometiere para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo puede el Juez, en el caso de aborto consentido, y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil del honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo.

b. Si el aborto se cometiere con el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación.

c. Si el aborto se cometiere con el consentimiento de la mujer, por causas graves de salud o para salvar su vida.

d. En el caso de que el aborto se cometiere con el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica el Juez podrá llegar hasta la exención de la pena.

En todos estos casos, excepto el caso de grave peligro para la salud o la vida de la madre, la práctica abortiva debe efectuarse dentro de los tres primeros meses de la concepción por un médico.

Por otra parte el Código castiga como lesiones graves, la lesión personal de la que resulte la anticipación del parto de la mujer ofendida y como lesiones gravísimas, la lesión personal de la que resulte el aborto de la mujer ofendida (Arts. 317 a 318 CP).

De la misma manera que Chile, el código uruguayo fija penalidades más graves para el homicidio que para el aborto (Arts. 310 a 315 CP).

c) Ley que despenaliza el aborto en ciertas circunstancias.

El día 17 de Octubre de 2012 el Senado uruguayo aprobó el proyecto de ley que permite la libre interrupción del embarazo durante las primeras 12 semanas de gestación. Con la promulgación por parte del Presidente José Mujica, el día 22 de Octubre de 2012, la ley se encontraba en condiciones para entrar en vigencia, lo cual sucedió el pasado 03 de Diciembre de 2012.

La reforma deja a Uruguay como el cuarto país de América latina en permitir el aborto, después de Cuba, Guyana y Puerto Rico.

La ley establece que "la interrupción del embarazo no será penalizada" y que "no serán aplicables" los artículos del Código Penal referidos a ese tema "para el caso que la mujer cumpla voluntariamente con los requisitos que exige la normativa y se realice antes de las 12 semanas de gravidez".

Dentro de ese plazo, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución de salud para poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción.

La mujer deberá exponer "situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que, a su criterio, le impiden continuar con el embarazo en curso". En ese caso, el médico dispondrá dentro de las 24 horas la consulta con el equipo interdisciplinario integrado al menos por tres profesionales: un ginecólogo, un psicólogo y un asistente social.

Ese equipo deberá informar a la mujer sobre los riesgos inherentes al aborto y respecto de las alternativas a esa decisión, como programas disponibles de apoyo social y económico, o la posibilidad de dar su hijo en adopción. Posteriormente, la paciente tendrá cinco días para la reflexión y luego de ratificar su voluntad se le practicará el aborto que será farmacológico y siguiendo los criterios recomendados por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Otros artículos de la ley establecen que fuera de este plazo se podrá abortar en caso de violación dentro de las 14 semanas de gestación y sin restricciones para el caso de riesgo para la madre o de malformaciones fetales graves.

Podrán someterse a un aborto en las condiciones que fija la ley, las mujeres uruguayas y las extranjeras con más de un año de residencia en el país, solicitando que se les practique en cualquier centro sanitario público o privado, que están obligados a realizar la intervención o a garantizar que ésta se haga por terceros en casos de objeción de ideario.

Hay que tener presente que la nueva ley no legaliza técnicamente el aborto, sino que lo despenaliza antes de las doce semanas siempre que se sigan los procedimientos regulados por el Estado que fueron descriptos anteriormente.

d) Doctrina.

El Prof. Dr. Juan José Vilanueva Bidegain en su trabajo titulado “Derecho a la vida, aborto y eutanasia” ha indicado que el derecho a la vida es el punto de partida de los demás derechos humanos. Pues, no tendría sentido garantizar los demás derechos si no se reconociera y garantizara previamente el derecho a la vida.

La Constitución uruguaya reconoce el derecho a la vida en varios de sus preceptos. Así dispone que *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida...”*.

Este autor destaca como necesario que las distintas normas, tanto nacionales como internacionales, al reconocer la vida como un derecho, le den el carácter de esencial.

El Dr. José Korzeniak indica que desde el punto de vista biológico, el derecho a la vida supone el derecho a nacer, el derecho a existir y el derecho a sobrevivir.

La protección de la vida, en el sentido de derecho a nacer, se correlaciona necesariamente con las preguntas: desde cuándo se inicia la vida, cuándo se inicia la personalidad jurídica; en una palabra, desde cuándo se es persona; preguntas que han sido y continúan siendo objeto de constantes discusiones doctrinarias en el ámbito jurídico uruguayo debido a la falta de determinación legal.

Ante esta dificultad, algunos autores buscan la respuesta en el conocido Pacto de San José de Costa Rica que fue ratificado por Uruguay en el año 1985, y por lo tanto se lo puede considerar como parte integrante de su derecho positivo. El mencionado Pacto, en su art. 4, dispone que *“Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...”*. Pero aún así las opiniones doctrinarias están divididas, sin poderse arribar a una conclusión definitiva. Este particular es objeto de discusión en el presente, como consecuencia del debate parlamentario que suscitó la Ley de Salud Reproductiva, recientemente sancionada.

Independientemente de la posición que se adopte con referencia al comienzo de la vida, se ha insistido en el ámbito doctrinario con el concepto que la protección del derecho a la vida comienza desde antes del momento del nacimiento.

En virtud de todo lo expuesto, se advierte que la legislación sobre el aborto se ha transformado en un tema de no fácil abordaje. Además influyen fuertemente en el mismo no solo aspectos jurídicos, sino también morales, sociales, religiosos, económicos y hasta políticos.

En el año 1938 el aborto es tipificado como delito en Uruguay, y por lo tanto incorporado al Código Penal; donde se estipularon causas atenuantes y eximentes de responsabilidad.

En el mes de Octubre del año 2012, en una jornada histórica y después de varios intentos fallidos, el parlamento uruguayo despenalizó el aborto.

Técnicamente, la norma no “legaliza” el aborto sino que lo “despenaliza” siempre que se sigan ciertos procedimientos regulados por el Estado.

El Dr. Omar Franca Tarragó distinguió ambos términos y señaló que, “despenalizar” es sacar la pena correspondiente a un acto considerado como delito por la ley positiva. La despenalización de un delito no lo convierte en merecedor de la protección del Estado. En cambio, “legalizar” es volver lícito ante la ley positiva un determinado comportamiento moral o conducta humana

La Comisión Nacional de Seguimiento (CNS) y Mujer y Salud en Uruguay (MYSU) señalan que el estar a favor de la despenalización del aborto no equivale a estar a favor del aborto, ni mucho menos promoverlo. Significa simplemente aceptar que la penalización no soluciona el problema del aborto, pues a pesar de estar prohibido por la ley y condenado religiosamente, miles de mujeres se lo practican. Nadie piensa que el aborto es una práctica deseable en sí misma, pues ninguna mujer se embaraza deliberadamente para después abortar. Estar a favor

de su despenalización, señalan, implica solamente plantear que las mujeres que no puedan solucionar de otra manera el problema del embarazo no deseado tengan oportunidad de hacerse un aborto en condiciones que no pongan en riesgo su salud ni su vida.

El hecho de mantener la prohibición legal del aborto, no ha conseguido nunca poner fin al problema; mencionan aquellos que se han pronunciado a favor del aborto en los debates parlamentarios. Pues las mujeres siguen abortando clandestinamente, con lo cual solo se agrava la situación, porque quienes no pueden conseguir servicios médicos seguros se ponen en riesgo de perder la vida o la salud a causa de abortos mal practicados.

Importante es señalar, que la practica abortiva depende en última instancia de la voluntad de la mujer. Si la comisión interdisciplinaria que evalúa su situación llega a la conclusión de que no hay razones de penuria económica, sociales, familiares o etaria, igualmente el aborto se practicará si esa fuere la voluntad de la mujer, y hubiese cumplido con los requisitos establecidos por la ley.

Siendo el aborto una práctica masiva en nuestra sociedad, sostiene la Sra. Alejandra López, Codirectora de la Organización no gubernamental uruguaya Mujer y Salud, una normativa que regule su realización conforme a valoraciones de naturaleza médica y reserve el recurso penal para quienes no la cumplan, resulta evidentemente más adecuada a un país democrático. Regular su realización no implica promoverlo ni condenarlo; la decisión sigue situada dentro del dominio de la privacidad de la persona, determinada por circunstancias personales y valores morales y éticos que ninguna legislación puede ni debe proponerse regular.

Pues, es deber del legislador buscar adecuar permanentemente las leyes a lo que el consenso de la sociedad va expresando; sin perjuicio, de las inevitables opiniones contradictorias que surgirán al respecto.

El Presidente José Mujica expresó a fuentes periodísticas que “...despenalizar el aborto es mejor que prohibirlo...”, y aseguró que con este mecanismo se salvan más vidas. Respetó la posición de los que rechazan la iniciativa, porque aseguró que “contra el aborto estamos todos”.

2. Paraguay.

a) Código Civil.

Este cuerpo legal establece que la persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado aunque, al igual que nuestro Código Civil, subordina la irrevocabilidad de la adquisición a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno (Art. 28 C.C.). Asimismo, fija pautas precisas acerca de los plazos de la concepción, a los fines de determinar si el niño ha sido concebido antes o durante el matrimonio (Art. 29 C.C.).

A los fines de la representación de la persona por nacer, considerados incapaces absolutos de hecho (Art. 37 C.C.) establece que la misma recae sobre los padres y, en caso de incapacidad de éstos, sobre los curadores que se les nombre (Art. 40 C.C.). Esta representación cesa el día del parto, o cuando hubiere transcurrido el tiempo máximo de duración del embarazo sin que el alumbramiento haya tenido lugar (Art. 31 C.C.)

b) Código Penal.

Este código, dentro del artículo en que trata del homicidio doloso incluye el castigo al aborto al establecer que “*se aplicará una pena privativa de libertad de hasta cinco años y se castigará también la tentativa, cuando... una mujer matara a su hijo durante o inmediatamente después del parto*” (Art. 105 C.P.). Esta pena es sensiblemente inferior a la establecida para el homicidio doloso la cual va de los cinco a los quince años de pena privativa de la libertad.

Por otra parte no se pena el aborto en aquellos casos en que fuera necesario e inevitable para desviar un peligro serio para la vida o la salud de la madre (Art. 109 C.P.)

3. Brasil.

a) Código Civil.

El Código Civil de Brasil considera que la personalidad civil comienza con el nacimiento con vida de la persona, sin embargo, la ley protege desde la concepción los derechos de los no nacidos (Art. 1 y 2 C.C.).

b) Código Penal.

En su Art. 123 castiga como homicidio, aunque con una pena menor, a la mujer que matare a su hijo durante el parto o poco después bajo la influencia del estado puerperal.

Por otra parte, pena a la mujer que se provoca a sí misma o consiente que otro provoque su aborto, y a quien, con o sin el consentimiento de la mujer embarazada ocasiona su aborto. (Art. 124 a 126 C.P.).

Asimismo estas penas se ven agravadas cuando como resultado de un aborto o de los medios utilizados para ocasionarlo, la mujer sufre lesiones corporales graves, y se agravan aún más cuando resulta la muerte de la mujer (Art. 127 C.P.).

En cuanto a las circunstancias eximentes no castiga el aborto siempre que, sea practicado por un médico y no hubiera otra manera de salvar la vida de la madre o si el embarazo fuera el resultado de una violación y la mujer embarazada o su representante legal prestara su consentimiento (Art. 128 C.P.).

c) Doctrina.

La profesora Dora García Fernández señala que en este país se advierten tres posturas: una es que la personalidad comienza desde la concepción, otra es que el nasciturus posee una personalidad condicional y la última es que el nasciturus tiene personalidad a partir de su nacimiento. Es así que el Código Civil Brasileiro expresa en su art. 2 que "La personalidad civil del hombre comienza con el nacimiento con vida; más la ley pone a salvo los derechos del nasciturus desde la concepción.", tal como lo hemos señalado anteriormente.

En el año 2005, fue aprobada por el Senado brasileño la Ley de Bioseguridad. Esta ley establece normas de seguridad y mecanismos de inspección para las actividades relacionadas con organismos genéticamente modificados y crea la Comisión Nacional de Bioseguridad. La aprobación de la misma fue muy polémica y generó enfrentamientos entre la comunidad científica y religiosa de Brasil.

Este ordenamiento permite el uso de embriones generados a partir de la fecundación in vitro y que están congelados desde hace más de tres años en clínicas de fertilización en investigaciones y terapias médicas.

Los defensores de dicha ley sostienen que la misma no viola el derecho a la vida. Pero la Procuraduría General de la República ha denunciado que constituye una violación al principio constitucional que asegura la protección de la vida humana ya presente en el embrión (art. 5 de la Constitución de la República Federativa de Brasil).

Hay quienes basándose en la hipótesis de que los embriones congelados por más de tres años no son viables, pretenden posibilitar la investigación destructiva sobre embriones humanos. También se advierte una iniciativa hacia la legalización del aborto en Brasil a través de la vía judicial.

Sin embargo, esta opinión es totalmente errónea y proviene de testimonios científicos favorables a la investigación con embriones, como era de suponer.

La Comisión Diocesana en Defensa de la Vida de Taubate ha afirmado que no importa el número de años de crioconservación de embriones para que estos sean viables. Estos embriones son tan viables como los embriones recién congelados.

En el año 2010 Brasil dio sus primeros pasos hacia la aprobación del Estatuto del *Nasciturus*. En él se define que la vida humana comienza en la concepción y se elimina la hipótesis de aborto reconociendo la importancia de defender la vida y de respetar todos los derechos del nasciturus.

Actualmente, la ley brasilera contempla la posibilidad del aborto solo en los casos en que el embarazo fuera el resultado de una violación o cuando existe riesgo para la vida de la madre.

4. Venezuela.

a) Código Civil.

Condiciona el reconocimiento de la condición de persona al nacimiento con vida del feto (Art. 16 y 17 C.C.).

b) Código Penal.

Castiga a la mujer que se provoca su propio aborto (Art. 432 C.P.). Esta pena se ve agravada para el tercero que provocara intencionalmente el aborto de una mujer, aún cuando lo efectuara con su consentimiento (Art. 433 C.P.) Aún más grave es la sanción cuando se efectuara sin el consentimiento de la mujer, cuando sobreviene la muerte de la misma o cuando el aborto fuera provocado por el marido o por una persona que ejerza el arte de curar o cualquiera otra profesión o arte reglamentados en interés de la salud pública (Art. 434 y 435 C.P.)

El Código exime de pena al facultativo que provoca el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta. Asimismo disminuye las penas cuando el autor del aborto lo hubiere cometido por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hermana o de su hija adoptiva (Art. 436 C.P.)

5. Chile.

a) Código Civil.

El Código Civil del país trasandino establece reglas absolutas en cuanto a las reflexiones sobre la persona, fijando presunciones contra las cuales no se admite prueba en contrario, tal como se establece en el mensaje del Poder Ejecutivo proponiendo al Congreso la aprobación del Código Civil. El mismo considera persona a todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición (Art. 55 CC).

De acuerdo al Código Civil de Chile la existencia de la persona comienza con el nacimiento de ésta, al separarse completamente de su madre (Art. 74 CC). Sin embargo, protege la vida del que está por nacer (Art. 75 CC).

Esta protección está garantizada por una serie de medidas que pueden adoptarse cuando la persona se encuentra aún en el seno materno. Entre ellas podemos mencionar la facultad que se le otorga al juez para tomar todas las providencias que considere necesarias para proteger la existencia del no nacido, cuando crea que la misma corre peligro (Art. 75 CC). Si como consecuencia de castigos a la madre pudiera peligrar la vida o la salud del no nacido, serán diferidos hasta después del nacimiento (Art. 75 CC). Asimismo establece que los derechos que pudieran corresponderle a la criatura que está en el vientre materno quedan suspendidos hasta el nacimiento y si el mismo constituye un principio de existencia se reconocen esos derechos como si hubieran existido al momento en que se defirieron (Art. 76). Asimismo fija que la patria potestad será ejercida por el padre o la madre sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer (Art. 243 CC). Por otra parte otorga la posibilidad de que el padre o la madre nombren por testamento un tutor o curador para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer (Art. 343, 354 y 356 CC). Esta curaduría finaliza a consecuencia del parto (Art. 491 CC).

b) Código Penal.

El Código Penal de Chile castiga como delito contra el orden de las familias y la moralidad pública a quien causare maliciosamente, ya sea con o sin violencia

sobre la mujer, un aborto. El mismo se ve agravado para el caso de facultativos que hayan abusado de su oficio, y para la mujer que causare o consintiere su propio aborto.

Asimismo considera delito el aborto causado con violencia aún cuando no se haya tenido el propósito de causarlo, siempre que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al autor del delito (Arts. 342 a 345 CP).-

Téngase presente que las penalidades fijadas para el delito de aborto son menores a las establecidas para el delito de homicidio. (Arts. 390 a 393 CP).-

Por otra parte, resulta interesante señalar que el Código Penal de nuestro país vecino castiga el delito de infanticidio para el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, mataren al hijo o descendiente (Art. 394 CP).-

c) Doctrina.

El Dr. José Joaquín Ugarte Godoy, profesor de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile señala que en la mayoría de los países occidentales casi no hay garantías jurídicas para los niños concebidos y todavía no nacidos. Pues a partir de la década de los setenta, se ha legalizado el aborto en casi todos los países occidentales, permitiendo que la muerte intencional de los niños concebidos y no nacidos se haga una práctica generalizada, ampara por las leyes.

En este contexto, el país chileno aparece como una honrosa excepción a esta situación de total desamparo de la vida humana en sus comienzos. Pero no han faltado quienes pretendieran cambiarlo por una legislación que denominan "avanzada" desde el punto de vista de las libertades de las mujeres y de los derechos sexuales y reproductivos. Pero lo cierto es que el aborto es tan antiguo como cualquier otro tipo de homicidio y no se puede considerar que su facilitación

signifique avanzar en la promoción de la dignidad y el trato justo que merecen todas las personas.

La protección de la vida del que no ha nacido es amplia en Chile, existe una fuerte protección constitucional y además un notorio resguardo contenido en diversos cuerpos normativos como el Código Civil, el Penal y el Sanitario.

Este autor analiza que el estado de desprotección jurídica en que se encuentran la mayoría de los niños del mundo antes de nacer es incompatible con el sistema internacional de protección de los derechos humanos y por esto la legislación protectora de la vida en Chile es un referente mundial que requiere ser no sólo conservada, sino ampliada y fortalecida.

La Constitución chilena y el Código Civil, Penal y Sanitario de este país protege la vida del que esta por nacer, defiende el derecho a la vida frente al aborto; atendiendo a la enorme importancia que reviste este derecho, "...sin vida no hay derecho alguno que podamos tutelar en esta tierra" señala el Dr. Ugarte Godoy. Ninguna ley, acto administrativo o sentencia judicial puede vulnerarlo.

El no nacido es reconocido x el ordenamiento chileno como persona, haciéndolo acreedor de todos los derechos que correspondan a su condición.

El autor afirma que, no hay un criterio con certeza aceptable que permita establecer distinciones entre los seres humanos atendiendo a las diversas etapas de su desarrollo. Por lo tanto hay que reconocer el derecho a la vida a todos los seres humanos desde el momento de la concepción y hasta su muerte natural.

La profesora Dora García Fernández menciona que, en la legislación civil chilena se hace una distinción entre la existencia natural y legal de la persona. La existencia natural se inicia con la concepción y se prolonga hasta el nacimiento. En cambio, la existencia legal principia al nacer, es decir, al separarse completamente de su madre. Asimismo resalta que, la Constitución Política de Chile asegura a todas las personas el derecho a la vida, y protege la vida del que

esta por nacer. En Chile está prohibido el aborto en todas sus formas, aunque sea por razones médicas.

El presidente de Chile, Sebastián Piñera, señaló que los derechos humanos, y en especial el derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural, deben ser tutelados para lograr el desarrollo humano integral. Y recordó que en el camino al desarrollo la Iglesia, las naciones, los gobiernos y la comunidad internacional les compete una participación activa.

El 25 de Febrero del año 2011 Chile recibió el premio International Protect Life Award (a la protección internacional de la vida) por ser el país con la tasa más baja de mortalidad materna en América Latina, con lo que demuestra que el aborto no contribuye en nada a disminuir el número de muertes entre las madres, como afirman sus promotores, ya que esta práctica es ilegal en esta nación sudamericana. En Chile no está legalizado el aborto en ningún caso. Chile respeta la vida tanto de la mujer como del niño, los dos son iguales ante la ley.

6. Bibliografía.

- Código Civil de Brasil.
- Código Civil de Chile.
- Código Civil de Paraguay.
- Código Civil de Uruguay.
- Código Civil de Venezuela.
- Código Penal de Brasil.
- Código Penal de Chile.
- Código Penal de Paraguay.
- Código Penal de Uruguay.
- Código Penal de Venezuela.
- Constitución Política de la República de Chile.

- Revista Chilena de Derecho versión On-line. Artículo Doctrinario: El Derecho a La Vida y La Constitución. José Joaquín Ugarte Godoy. Volumen 33. Santiago de Chile
- Curso de Derecho Penal Uruguayo. Milton, Cairoli Martínez. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 2º Edición. Uruguay.
- La Reforma Penal. El derecho vigente. Modificaciones proyectadas. Alternativas. Silva, Diego. Editorial FCU (Fundación de Cultura Universitaria). 2012. Uruguay
- Revista USCS. Año X. N° 17. 2009. Artículo Doctrinario "El embrión humano o nasciturus como sujeto de derechos". Dora García Fernández.
- "Derecho a la Intimidad y a la Honra en Chile". Eduardo Meins Olivares. Ius et Praxis, vol. 6, núm. 1. 2000. Universidad de Talca. Chile
- Derecho a la Intimidad y a la Vida Privada y su Protección frente a las Injerencias Abusivas o Arbitrarias del Estado. Allan Randolph Brewer-Carías. Editorial Jurídica Venezolana. 1995. Caracas. Venezuela.
- <http://www.lanacion.com.ar/1518165-uruguay-despenaliza-el-aborto> (consultado del día 01/02/2013)
- <http://www.elnuevoherald.com/2012/09/26/1308488/uruguay-a-un-paso-de-legalizar.html> (consultado del día 01/02/2013)
- <http://www.elnuevoherald.com/2012/12/03/1357004/despenalizacion-del-aborto-comienza.html> (consultado del día 01/02/2013)
- <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-209158-2012-12-04.html> (consultado del día 01/02/2013)
- <http://siempreporlavida.cl/>. Artículo Doctrinario: Derechos Humanos y Derecho a la Vida. José Joaquín Ugarte Godoy (consultado el día 07/03/2013)
- <http://www.aciprensa.com/> (consultado el día 07/03/2013)
- <http://www.lanacion.cl/> (consultado el día 07/03/2013)
- <http://doragarciaf.com/publicaciones.html> (consultado el día 10/03/2013)

- <http://www.ucu.edu.uy/facultades/CienciasHumanas/Departamentos/Etica/Publicaciones> (consultado el día 10/03/2013). Artículo Doctrinario: "Legislación uruguaya en relación al inicio de la vida humana y sus derechos". Omar Franca Tarragó.

I) ACUERDOS Y TRATADOS INTERNACIONALES³⁰³

1. Introducción

Es sabido que algunos individuos, como el trabajador, el anciano, la mujer y el niño, entre otros, se encuentran ubicados en un estado de disminución frente a los demás, lo que motiva la sanción de leyes específicas tendientes a obstaculizar cualquier impulso de segregación y marginación.

Por ello, en el presente capítulo que trata específicamente sobre “*Acuerdos Internacionales. Derechos de la Mujer y del Niño*”, analizaremos -en la primera parte-, en qué consiste la protección dispensada a los más débiles en razón del género y de su mocedad, a la luz de la Carta Magna Argentina, señalando inicialmente, como es de estilo, qué se entiende por *mujer y niño*.

Y en una segunda parte, abordaremos la temática a través de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, incluyendo también otra legislación que no reviste la particularidad indicada.

2. Primera Parte. Derechos de la mujer y del niño en la Carta Magna Argentina

a) La mujer y el niño. Etimología. Concepto. Generalidades.

Una hipótesis muy antigua, de carácter popular y sin base lingüística, señala que la palabra mujer, *mulier*, locución que hace referencia a la persona del sexo femenino, procede del latín *molleris*, que se traduce como *aguado* o *blandengue*, vocablos de los que derivan *molusco*, *mullir* y *mojar*. Esta etimología está cargada de prejuicios, que vienen siendo arrastrados a lo largo de la historia, desde la época del Imperio Romano.

En tanto que la expresión niño significa que tiene pocos años, que *tiene poca experiencia, que obra con poca reflexión, que se halla en la niñez*; siendo esta última, la *etapa de la vida entre la infancia y la pubertad*.

³⁰³ Por las profesoras María Elena Bazán y Bibiana Llaryora.

Etimológicamente, la expresión *niño* proviene del latín *infans, infantis*, término utilizado por los romanos, para señalar a las personas desde su nacimiento hasta los siete años de edad, y que está compuesto por el prefijo *in* – de negación-, y por el participio presente del verbo *fari: hablar*; así aludían a *los niños pequeños que todavía no habían aprendido a hablar; explicado de otra manera, con tal palabra querían denotar al que no se expresaba públicamente*. Del vocablo *infans*, proceden las siguientes voces: *infantil* o *infancia*.

A su vez, la expresión *pueril*, que viene del adjetivo latino *puerilis*, lo que significa *propio de un niño o un muchachito*, es derivada de la palabra *puer*, que indica al *niño o adolescente hasta los 17 años*. De *puer* proceden *puercia, puericultor, puerperio o puerperal*.

Hoy, suelen confundirse las expresiones: *niño, infante* y *menor de edad*. La primera, encierra a las personas que están en la época comprendida entre el nacimiento y los albores de la adolescencia; la segunda, cuyo sentido ya expresamos como *aquel que no habla*, explica que el padre representa a sus hijos y habla por ellos; y la tercera, con una significación jurídica, y más amplia que las anteriores, incluye al niño, adolescente y al joven que no alcanzó la mayoría de edad; es decir, a quienes no adquirieron la plena capacidad civil.

Veamos ahora, cuál es el alcance jurídico de la segunda locución que nos ocupa, conforme a la *Convención sobre los Derechos del Niño* del año 1989³⁰⁴, acuerdo internacional que constituye la proclamación más completa que se haya elaborado sobre los derechos del niño, destacándose también como pauta de referencia para todas las organizaciones, como el UNICEF, entre otras. Este instrumento legal, nos dice en su *Artículo 1*, lo siguiente:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Este primer tratado de derecho infantil, aprobado por unanimidad en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, analiza el concepto de niño, en base al criterio de la edad, por cuanto es

³⁰⁴ Aprobada por la República Argentina en 1990, por ley N° 23.849.

sabido que ésta influye en la capacidad de obrar de las personas; siendo opinión prevaleciente -entre los representantes de los Estados firmantes-, la necesidad de fijar una edad elevada para favorecer la protección.

Cabe señalar que el límite temporal consagrado por la normativa, no es absoluto; y resulta factible hacer excepciones para aquellos que logren anticipadamente la mayoría de edad, conforme a las leyes nacionales que los rigen.

A *contrario sensu*, en otros Estados donde se habían fijado edades superiores para “abandonar la minoridad”, como en los casos de Argentina (21 años) y Paraguay (20 años), previo a las últimas respectivas reformas legislativas, no se exigía la disminución de los límites de edades mencionados, ya que la definición del niño, dada por el *Artículo 1*, es entendida para los “*efectos de la Convención*”.

b) La mujer y el niño en la Constitución de la Nación Argentina

Previo a la consideración del tema indicado en este título, haremos una somera referencia a cuál es el alcance de la expresión *supremacía constitucional*.

La supremacía constitucional es un principio del derecho constitucional, que pretende ubicar a la Carta Magna de un país, en una situación jerárquica prevalente en relación a todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que obliga a las normas, actos estatales y privados a ajustarse a ella; y se patentiza en el texto del *Artículo 31 C.N.*, de la siguiente manera:

“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales...”

En base a la citada disposición, se ubica en el vértice de la pirámide jurídica, a la Constitución Nacional y leyes dictadas por el Congreso, y a continuación, tienen cabida diez tratados internacionales de los cuales hace taxativa mención el *Artículo 75 inc. 22 C.N.*, cuando se refiere a la facultad del

Congreso de *“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”...*, siendo tales tratados, los siguientes: *la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño*³⁰⁵”.

Podemos apreciar entonces, que nuestra Carta Magna hace expresa alusión a la mujer y al niño, en el *Artículo 75 inc. 22*, y también en el *inc. 23*; disposiciones contenidas en el Capítulo Cuarto relativo a las “Atribuciones del Congreso”, de la Sección Primera que indica “Del Poder Legislativo”, del Título Primero referido al “Gobierno Federal”, y de la Segunda Parte cuya rúbrica se relaciona a las “Autoridades de la Nación”. Por ello, una de las facultades consagradas al Congreso de la Nación, es ésta:

“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

“Dictar un régimen de seguridad social especial integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Si nos circunscribimos al *primer párrafo del inc. 23*, veremos que el legislador confirma el principio de igualdad contenido en el *Artículo 16 C.N.*,

³⁰⁵ La primera Declaración de Derechos del Niño, de carácter sistemático, fue la de Ginebra 1924.

haciendo explícita alusión a una igualdad real de oportunidades y de trato. Frente a esta observación, nos preguntamos qué es la igualdad; para explicarla en breve, nos hacemos eco de lo manifestado por un constitucionalista argentino³⁰⁶, quien opina que la igualdad es la “nivelación externa de los hombres para el ejercicio de la libertad”.

Por otro lado, el *segundo párrafo del inc. 23*, hace referencia a la necesidad de restituir un régimen de seguridad social íntegro y especial, para la protección de los niños desamparados, desde el embarazo. También contempla la situación de la madre durante la gravidez y época de lactancia.

Haciendo una simple reflexión del lenguaje utilizado en la norma, decimos que hubiera sido preferible que en el texto se reemplazara la palabra “*embarazo*” por “*concepción*”, ya que ésta marca el comienzo de la existencia de las personas físicas.

A continuación, describiremos los derechos de los cuales la mujer y el niño son titulares en la legislación internacional.

3. Segunda parte. Derechos de la mujer y del niño en los tratados internacionales³⁰⁷

a) Generalidades

Tal como lo señaláramos en el título anterior, bajo este epígrafe, nos ceñiremos al abordaje de los derechos emanados de los acuerdos internacionales, para el resguardo de los protagonistas de esta elaboración, recordando que algunos derechos sólo le competen a la mujer; y que en el caso del niño, la legislación siempre tiene en cuenta el “*favor minoris*” principio que se califica como de “*interés superior del menor*”³⁰⁸, también llamado el “*alfa y omega*” o la *ratio legis* del derecho de familia” .

³⁰⁶ BADENI, Gregorio. Miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Prof. Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Argentina de la Empresa.

³⁰⁷ Algunos acuerdos internacionales, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, contienen Protocolos Facultativos. La palabra “*facultativo*” significa que no vincula automáticamente a los Estados que ya han ratificado el tratado original . Las obligaciones en el Protocolo son adicionales...”

³⁰⁸ ¿Qué es el interés superior del menor?. Dicese que es la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, respetando vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

Situaciones ejemplificativas de dicho principio general, encontramos especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño; tratado del que extrajimos las siguientes citas:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior al niño”(Artículo 9 inc.3).

“...ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el “interés superior del niño “ (Artículo 18 inc.1).

b) Vida

El derecho a la vida es un derecho natural que tiene todo ser humano, y que consiste en el respeto de su existencia; es más, se constituye en el derecho primordial, en el precedente de todos los otros, ya que sin vida no es factible el goce de facultad alguna.

Y, ¿qué concepto podemos dar sobre la vida?. Es el espacio de tiempo que media entre el nacimiento y la muerte debidamente verificada y aprobada.

Este derecho fue considerado en la normativa internacional enunciada a lo largo del presente ensayo; veamos: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en Bogotá, por Resolución N° XXX en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada del 30 de Marzo al 2 de Mayo de 1948, nos manifiesta en el *Artículo 1*, del *Capítulo 1*, titulado “*Derechos*”, lo que detallamos a continuación:

“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Por su parte, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217A (III), del 10 de Diciembre de 1948, revela en el *Artículo 3*, lo siguiente:

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Entre otras disposiciones, mencionamos a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*³⁰⁹, que fue suscripta en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y que comenzó a regir el 18 de Julio de 1978; la cual establece en el *Artículo 4 inc.1* contenido en la *Parte 1* titulada *“Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”*, y en el *Capítulo 2* referido a los *“Derechos Civiles y Políticos”* cuya rúbrica es *“Derecho a la vida”*, lo que se expresa seguidamente:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Además, en su inciso 5 trata que:

“No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

Otro ordenamiento a tener en cuenta, es el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, cuyo *Artículo 6 inc. 1*, dice:

“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Y en su inc. 2, indica que:

“Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

c) Nacionalidad

La nacionalidad es el *vínculo jurídico que existe entre una persona y el Estado*, cuya protección también encuentra cabida en los acuerdos internacionales. Por ello, en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, el *Artículo 19*, reza:

³⁰⁹ Aprobada en 1984, por Argentina, por ley 23.054.

“Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”.

Asimismo, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* expresa en su *Artículo 15 inc. 1*, lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.

Y en su *inc. 2*, manifiesta:

“A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

Por otro lado, en la *Parte 1* de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* titulada *“Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”*, su *Capítulo 2* referido a los *“Derechos Civiles y Políticos”*, cuya rúbrica es: *“Derecho a la Nacionalidad”*, dice en el *Artículo 20 inc.1*:

“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.”

A su vez, el *inc. 2*, manifiesta que: *“Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.”*

Y el *inc.3*, expresa:

“A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.”

Si contemplamos la situación en orden a los menores, el *Artículo 24 inc.3* del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, señala:

“Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”

Por otra parte, en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, dos textos consagran este derecho; por un lado, el *Artículo 7 inc.1*, que manifiesta:

“El niño...tendrá derecho desde que nace... a adquirir una nacionalidad...”

Y además, el *Artículo 8 inc.1*, cuando sostiene:

“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias tácitas”.

d) Domicilio

“El domicilio es un atributo de la personalidad que consiste en el lugar donde la persona física o jurídica tiene su residencia con el ánimo real o presunto de permanecer en ella”.

El *Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889*, en su *Artículo 5* establece:

“La ley del lugar en el cual reside la persona, determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio”.

En cambio, el *Artículo 5* del *Tratado de Montevideo de 1940* -en sus cuatro incisos-, enumera las circunstancias a considerar para determinar el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas, cuando se presente un caso que no esté especialmente previsto en la normativa, a saber:

1°.- *La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él.*

2°.- *A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva.*

3°.- *El lugar del centro principal de sus negocios.*

4°.- *En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia.*

La disposición anterior está complementada por el *Artículo 6*, que expone:

“Ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez.”

En la primera parte de esta norma, se pone de manifiesto lo expresado en el comienzo del concepto de domicilio.

En el artículo subsiguiente –*Artículo 7*-, el Tratado se refiere al domicilio de los menores, de la siguiente manera:

“El domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o curatela es el de sus representantes legales...”

En la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, este derecho se encuentra regulado en el *Artículo 9*, del modo que se indica a continuación:

“Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.”

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en su *Artículo 13 inc.1*, observa que:

“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.”

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en su *Parte 1*, bajo el título: *“Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”*; en su *Capítulo 2*, referido a los *“Derechos Civiles y Políticos”*; cuya rúbrica atiende al *“Derecho de circulación y de residencia”* dice en su *Artículo 22 inc.1*:

“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.”

e) Nombre

El nombre es un atributo de la personalidad que señala a una persona, individualizándola. Sus funciones son esencialmente dos: identificar, individualizar, por un lado, e indicar el estado de familia, por el otro.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su *Parte 1* titulada los *“Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”*, en su *Capítulo 2* referido a los *“Derechos Civiles y Políticos”* cuya rúbrica se denomina *“Derecho al Nombre”*, manifiesta en el *Artículo 18*, lo que exponemos a continuación:

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”

La Constitución de 1994, incorporó a la *Convención sobre los Derechos del Niño*, dando explícita jerarquía constitucional a un aspecto del derecho a la identidad, representado por la prerrogativa que todo niño tiene de ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento; de poseer un nombre desde que nace y de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Lo manifestado, se patentiza en el inciso 1 de los *Artículos 7 y 8*.

A su vez, los Estados Partes deben prestar asistencia y protección a los niños que sean privados ilegalmente de alguno de los elementos de la identidad. Esto surge del *Artículo 8 inc.2*.

Con una escritura casi idéntica, legisla sobre lo anterior, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*³¹⁰, en los tres incisos de su *Artículo 24*.

f) Integridad física

El derecho de integridad personal es el derecho humano que radica en la protección de la persona en todos sus aspectos: físico, psíquico o mental y moral. Este último, implica ³¹¹el derecho de desarrollar la vida conforme a las propias convicciones.

Como consecuencia de esta prerrogativa, nadie puede ser lesionado o agredido física, ni mentalmente; lo cual trae aparejado la prohibición de las torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Examinando un poco la normativa de los tratados, advertimos que este tema fue presentado en la *Parte 1* de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, referida a los “*Deberes de los Estados y Derechos Protegidos*”, cuyo *Capítulo 2*, que lleva como título general: “*Derechos Civiles y Políticos*”, y como rúbrica antepuesta al *Artículo 5*, la siguiente: “*Derecho a la Integridad Personal*”, expresa en la última disposición legal numerada, lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”

³¹⁰ “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menores requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado” (*Artículo 24 inc.1*).

“Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre” (*Artículo 24 inc.2*).

“Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad” (*Artículo 24 inc.3*).

³¹¹ La normativa específica, aludida por el *Artículo 75 inc. 22 C.N.*, es la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. En el propio preámbulo de dicha reglamentación, se menciona al *Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que reza:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”

Por otra parte, el *Artículo 6 inc.1*, al que precede la rúbrica *“Prohibición de la esclavitud y servidumbre”*, dice:

“Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.”

A su vez, el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, manifiesta en su *Artículo 12 inc.1*, que:

“Los Estados Partes en el Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

Y en orden a los menores, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, en el *Artículo 19 inc.1*, trata sobre la integridad física, así:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo de custodia de los padres...”

g) Trabajo

El trabajo, entendido como tarea o actividad retribuida y encaminada al logro de bienes destinados a la satisfacción de las necesidades humanas, está especialmente regulado por los acuerdos internacionales, como en el supuesto de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, cuyo Capítulo 1, denominado *“Derecho al trabajo y a una justa retribución”*, contiene al *Artículo 14*, que señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.”

Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí mismo y su familia.”

En la misma reglamentación, el *Capítulo 2* referido al “*Deber de Trabajo*” expresa a través del *Artículo 37*, lo que se detalla a continuación:

*“Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.”*³¹²

Mientras tanto, en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, su *Artículo 23 inc.1*, expone:

“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.”

En su inc.2, indica:

“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”

Y en su inc.3, manifiesta:

“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.”

En tanto que el *Artículo 24*, expresa:

“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.”

Por su parte, el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*³¹³, establece en el *Artículo 6 inc.1*, lo siguiente:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”

³¹² Llama la atención la manera en que este cuerpo de disposiciones considera al trabajo, en dos capítulos diferentes de su normativa: por un lado, como un “derecho”; y por el otro, como un “deber”.

³¹³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de Diciembre de 1966, y entrada en vigor el día 3 de Enero de 1976.

El *Artículo 7*, prescribe:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativos y satisfactorios que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporciones como mínimo a todos los trabajadores:

i- Un salario equitativo e igual por trabajo

ii- de igual valor...debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a la de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

i.i- Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias...

b) Seguridad e higiene en el trabajo

c) Igual oportunidad para todos...”

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre...horas de trabajo, vacaciones periódicas pagadas...remuneración de los días festivos.”

Dejando de lado este abanico de acuerdos internacionales que amparan al trabajador en general, veamos ahora, qué se dispone en relación a los actores de nuestra elaboración.

Con respecto a la mujer, la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*³¹⁴, la protege laboralmente a través del *Artículo 11*, en sus tres ítems, cuando le asegura en la esfera del empleo, las mismas prerrogativas que a los hombres, a saber: la aplicación de idénticos criterios de selección; el derecho al ascenso, la estabilidad laboral y la formación profesional; asimismo se le garantiza el derecho a igual remuneración y a la seguridad social.

Asimismo, resulta importante señalar, que se aplican medidas tendientes a prohibir el despido por motivo de embarazo y un régimen de licencia por maternidad con sueldo pagado.

Y en lo concerniente a los menores, la *Convención sobre los derechos del niño*, los ampara mediante lo preceptuado por el *Artículo 32*, que hace hincapié en

³¹⁴ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1979. Entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981.

la necesidad de fijar una edad o edades mínimas para trabajar, y advierte sobre la exigencia de crear una reglamentación que ordene los honorarios y condiciones de trabajo.

h) Sufragio y cargos públicos

En el presente apartado, haremos referencia a dos derechos afines a la participación del ciudadano en la vida política, es decir, al ejercicio del voto (llamado sufragio activo), y a la posibilidad de ser elegido para acceder a la función pública (denominado sufragio pasivo).

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, en su Capítulo 1, intitulado “Derecho de sufragio y de participación en el gobierno”, manifiesta a través del *Artículo 20*, lo siguiente:

“Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente, o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.”

En la misma normativa, el *Capítulo 2* designado “*Deberes*”, contiene al *Artículo 32* que lleva por título: “*Deber de sufragio*” y expone lo seguidamente transcrito:

“Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello.”

Por su parte, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en el *Artículo 21inc.1*, expresa que:

“Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.”

Y en el inc. 2, manifiesta que:

“Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.”

En otra normativa internacional, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Artículo 23*³¹⁵ - que lleva por rúbrica: "Derechos Políticos"-, en su inc. 1, detalla:

"Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizados por sufragio universal e igual por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."

A continuación, abordaremos la temática circunscribiéndonos a la situación de la mujer; para ello, debemos remitirnos a la legislación especial, es decir, a la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. En la Parte 2 de esta regulación, los *Artículos 7 y 8*, le conceden el derecho de *"votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas"*. A la par, se le permite *"ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales"*. También se le otorga la *"oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales"*.

No podemos dejar de mencionar entre los convenios, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su *Artículo 3*, declara:

"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto".

³¹⁵ Esta disposición está contenida en el Capítulo 2, referido a los "Derechos Civiles y Políticos", de la Parte 1, titulada "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" de la citada Convención.

Advertimos que en su redacción poco feliz, debido a las reiteraciones producidas en la norma, la misma tiene el mérito de distinguir expresamente a los beneficiarios de los derechos, ya que no se limitó a garantizar bajo el rótulo de la palabra *persona* el goce de los mismos; sino que habla de “*hombres*” y “*mujeres*”.

i) Matrimonio

Continuando con el análisis de los distintos derechos que los acuerdos internacionales otorgan a la mujer, en esta sección nos ocuparemos del matrimonio, contemplando en primer término, lo dispuesto por la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que en su *Artículo 16 inc.1*, manifiesta lo siguiente:

“Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

Además, en su inc.2 expresa que:

“Sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.”

Por su lado, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su *Artículo 17 inc.2*³¹⁶, declara que:

“Se reconoce el derecho del hombre y la mujer en contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecida en esta Convención.”

En penúltimo lugar, resulta imprescindible subrayar lo prescripto por algunos ítems del *Artículo 16 inc.1*³¹⁷ de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*³¹⁸, que señala:

³¹⁶ Disposición comprendida en el Capítulo 2 titulado “Derechos Civiles y Políticos”, de la Parte I, referida a los “Derechos de los Estados y Derechos Protegidos”.

³¹⁷ Comprendido en la Parte IV de dicha Convención.

³¹⁸ Esta Convención se destaca por establecer un “programa relativo a las medidas que deben adoptar los gobiernos para garantizar el disfrute de los derechos otorgados a la mujer”.

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) el mismo derecho a contraer matrimonio;*
- b) el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y pleno consentimiento;*
- c) los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el de elegir apellido, profesión y ocupación;*
- d) los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes tanto a título gratuito como oneroso...”*

Finalmente, y como aspecto novedoso consagrado por el mismo instrumento internacional, se dice que es el único tratado de derechos humanos que menciona la planificación familiar; y lo hace en el Artículo 10 inc. h) que se lee:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

...h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”.

j) Educación y salud

Para finalizar, nos dispondremos al desarrollo de los últimos derechos concedidos en los tratados internacionales, a la mujer y al niño, de acuerdo a lo señalado ab-initio de esta elaboración, a saber: la educación y la salud.

Con respecto a la *educación*, Ricardo Nasiff³¹⁹ habla de la *etimología* de dicho vocablo en su obra *“Pedagogía General”*, donde indica que la misma proviene del latín *educare*, que significa *“criar”*, *“nutrir”*, *“alimentar”*; pero también surge de la voz *ex-ducere*, que se traduce en *sacar, llevar o conducir desde adentro hacia afuera*.

Intentando dar un concepto, diremos que la educación es un derecho humano intrínseco y la vía necesaria para la realización de otros derechos humanos; prueba de ello, es el rol fundamental que desempeña en el control del crecimiento demográfico y en la protección infantil contra la explotación laboral, entre otros recaudos.

Lo cierto es que *“la educación es un proceso de socialización de los individuos. Al educarse, una persona asimila y aprende conocimientos”*; y a la vez, constituye una de las inversiones financieras preponderantes que los Estados deben, o deberían realizar.

A continuación, veremos las disposiciones legislativas internacionales alusivas al tema, el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cuyo *Artículo 13 inc. 1*, indica:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre otras las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.”

En el inc. 2, expresa:

³¹⁹ Autor mencionado por el Prof. Dr. Jorge Horacio Gentile en una publicación de su autoría intitulada *“La educación en la Constitución”* (ver cita completa en bibliografía).

“Los Estados en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

Y en el inc. 3, dice:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”³²⁰.

El *Artículo 13*, tiene la particularidad de constituir la disposición más extensa del pacto, en donde se plantean los propósitos u objetivos de la educación; con su amplio alcance, contempla todos los niveles de la enseñanza

³²⁰ Una disposición similar contiene el Art. 18 inc. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esta norma se postula el respeto por la libertad de educación de los padres; por ello pueden elegir las instituciones educativas para sus hijos. A esta licencia se la conoce con el nombre de *“libertad de enseñanza”*

(primaria, secundaria y superior), haciendo hincapié en la necesidad de su obligatoriedad, gratuidad y accesibilidad a todos; teniéndose en cuenta que el carácter obligatorio alude a la enseñanza en su peldaño inicial.

Lo manifestado ut supra, se refuerza al considerar el texto del siguiente precepto, el *Artículo 14*, que señala:

“Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte de él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”

En otra de las convenciones internacionales, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en un lenguaje similar al descripto, se establece en su *Artículo 26*, que consta de tres ítems, lo que expresamos a continuación:

“Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos” (Artículo 26 inc.1).

“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz” (Artículo 26 inc. 2)

“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (Artículo 26 inc.3)

Y en orden a la normativa específica relativa a las mujeres, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, en el Artículo 10, 1ª parte, indica:

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación...”*Acto seguido, en los incisos 1,2 y 3, detalla las providencias que los firmantes del tratado deberán cumplir, y éstas son: *asegurarles a las mujeres iguales “condiciones de acceso a los estudios” y “capacitación profesional”; que el personal docente sea de equivalente nivel facultativo; y “que hombres y mujeres tengan las mismas condiciones para acceder a programas de educación complementaria”, incluidos los de alfabetización*, entre otras.

En orden al tema educación, sólo nos resta examinar la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que en el Artículo 28 ab initio establece, lo siguiente:

“Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación...”.

A su vez, la misma disposición, en distintos ítems, hace referencia a las medidas particulares que los Estados firmantes deberán seguir; y éstas son: *“implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos”; fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional... y “hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad”*, entre otras.

Luego, en el Artículo 29, menciona los objetivos de la educación, de los cuales a modo de ilustración expondremos, los que seguidamente se indican: *“la educación del niño deberá estar encaminada a: desarrollar la personalidad, aptitudes y la capacidad mental y física...”; “a inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”; “a inculcarle también el respeto a sus padres, a su propia identidad cultural y a las civilizaciones distintas...”*.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos³²¹ con jerarquía constitucional, reconocen derechos universales e interdependientes, entre los que también se cuenta el derecho a la salud. Y en qué consiste el mismo?

La palabra *salud* proviene del latín “*salus*” y “*salvatio*”; vocablos de los que derivan sus equivalentes castellanos “*salud*” y “*salvación*”, que significan “*estar en condiciones de poder superar un obstáculo o dificultad*”. Con esto se quiere manifestar que la salud “*es el hábito o estado corporal que nos permite seguir viviendo, es decir, que nos permite superar los obstáculos que el vivir encuentra a su paso*”.

Por último, nos detendremos en la presentación de la normativa vinculada a la protección de este derecho, en el campo internacional; veamos, entonces, qué nos dice la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su Artículo 25 inc. 1.

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”

Y en el inc. 2, sostiene:

“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.

También encuentra cabida este derecho en el Artículo 10 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que expresa:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos

³²¹ *Los derechos humanos son el “conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidad, destinados a permitir el logro de fines y aspiraciones en armonía con las otras personas, y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamiento jurídicos de cada Estado”.*

a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

Se deben conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

En su Artículo 11, inc. 1, señala:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

Asimismo, en el *Artículo 12 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, nos dice:

“Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Además, en el Artículo 12 inc. 2, sostiene que:

“Entre las medidas³²² que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para...”

Cosa que manifiesta en los siguientes apartados:

³²² Se consideran ilustrativas, no exhaustivas.

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Examinemos ahora, la situación de la mujer y del niño, en particular, en los convenios internacionales.

El Artículo 12 de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, dispone en su primer inciso, lo siguiente:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”

Y en su inciso 2, señala:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto, el período posterior al parto, proporcionándole servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Estimamos que en relación a los preceptos anteriores, cualquier explicación revestiría la calidad de sobreabundante, ya que hablan por sí mismos.

Y en cuanto al derecho otorgado a los menores, en orden a la salud, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, establece un régimen de protección en los Artículos 24 y 25.

La primera de las normas mencionadas expone, en su inc. 1°, lo siguiente:

“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la

rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

En su *inc. 2*, promueve las medidas que los Estados deberán aplicar para: reducir la mortalidad infantil; asegurar la prestación de la asistencia médica y atención necesarias; combatir las enfermedades y la mal nutrición; garantizar el cuidado sanitario prenatal y posnatal apropiado a las madres y desarrollar la atención sanitaria preventiva, entre otras finalidades.

4. Conclusión

Después de haber incursionado en una serie de acuerdos internacionales con jerarquía constitucional, y en otros que no revisten tal condición, cuyas disposiciones amparan a los más vulnerables en razón del género o de su mocedad, concluimos nuestra elaboración compartiendo la siguiente reflexión:

A lo largo de varias décadas de la historia, múltiples han sido los esfuerzos consagrados por los organismos internacionales para arribar a la igualdad de derechos entre el Hombre y la Mujer; indudablemente, varios fueron los logros, ya que se estableció un programa relativo a las medidas especiales que los Estados debían adoptar para garantizar el disfrute de las prerrogativas; y a la vez, la mujer se constituyó en un substancial *“aporte al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad”*; mas la desilusión nos embarga y conduce a pensar que sería utópico obtener un alejamiento definitivo de toda discriminación hacia su persona.

Lo cierto es que la familia se constituye en el *“medio natural para el crecimiento y bienestar de los miembros, especialmente de los niños”* quienes, por su *“inmadurez física y mental”* requieren de *“protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después de su nacimiento”*.

5. Bibliografía

Doctrina:

BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado.**
Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993.

BOGGIANO, Antonio. **Derecho Internacional Privado. T.I.II.III.** Depalma. Buenos Aires. 1988.

DREYZIN de Klor- Adriana; Echegaray De Maussion, Carlos y otros. **La protección internacional de Menores.** Advocatus. Córdoba. 1996.

DREYZIN de Klor, Adriana; Uriondo de Martinoli, Amalia: **Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional. Fuentes Convencionales.** Zavalía. Buenos Aires. 1996.

DREYZIN de Klor, Adriana. Temas de **Derecho de la Integración-Derecho Internacional Privado.** Advocatus. Córdoba. 1998.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina-Comentada y concordada- La Ley. Buenos Aires. 2006**

GIL DOMINGUEZ, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa. **Derecho Constitucional de Familia.** T 1. Ediar. Buenos Aires. 2006.

KALLER de ORCHASKY, Berta. **Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado.** Plus Ultra. Buenos Aires. 1991.

WEINBERG, Inés M. **Derecho Internacional Privado.** Depalma. Buenos Aires. 2002.

[//deconceptos.com/ciencias-juridicas/derecho a la vida.](http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/derecho-a-la-vida)

[//derechosdelniño.com/en argentina. Html](http://derechosdelniño.com/en-argentina)

La Mujer y la Violencia en la República Argentina,

<http://www.cnm.gov.ar/AreasDeIntervencion/MujerYViolenciaRep>

[Arg.pdf](#)

[www.es.wikipedia.org/wiki/constitu%C3%B3n de la Nacion](http://www.es.wikipedia.org/wiki/constitu%C3%B3n_de_la_Nacion)

Colectivo Infancia,

<http://www.colectivoinfancia.org.ar/V2/es/legislacion.php>

www.jursoc.unlp.edu.ar

[documentos/publicaciones/filiación_der_int_priv_trat_de_monte v.pdf](#)

Asapmi, www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id

Eldial, www.eldial.com/home/prudential/pru58/04.asp

www.unicef.org/spanish/crc/index-30177.html

Supremacía Constitucional. Bidart Campos, Germán J. "Manual de la Constitución Reformada" Edit. Ediar. Bs. As. 1996, t1, Cap. V

www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulosjuridicos

www.docencia.unt.edu.ar/etica/legislacion/content/suprema%C3

%ADA%

20constitucional.pdf

www.conevyt.org.mx/cursos/cursos/nvd/contenido/antologia/nv

[da_06.html](#)

www.ngls.org/spip.php=article-es-s&id_article=1741

www.pdhre.org/conventionsum-sp-html

Wikipedia, [http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos del niño](http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_del_ni%C3%B1o)

Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Domicilio>

Biblioteca del Congreso de la Nación,

www.bcnbib.gov.ar/ti_tijc.php

El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, por **Miguel Cillero Bruñol**,

Etimología de mujer, <http://etimologias.dechile.net>

[www.iin.oea.org/cursos a distancia/el interes superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

Gentile, Jorge Horacio. **La educación en la Constitución.**

www.profesorgentile.com.ar/publi/educ.html

Grisel Galano Maritain. Universidad de Ciego de Avila,

www.eumed.net/rev/cccss/19/qgm.html

www.elalmanaque.com/lexico/niño.htm Diario multimedia de información

Mariano Aznar Gómez (mastereine.en/profesorado/DrenDerecho Catedrático de Derecho Internacional Publico

www.aldeasinfantiles.org.ar/conozcanos/abogacia/derechos-niños Pages.default.aspx

www.eldial.com/home/prudentia/pru58/04. asp. Revista *Prudentialuris. El Nombre y la Protección de la identidad.*

Diccionario Práctico Grijalbo. 9na edición. Diciembre de 2012.
Pressier Corporation S.A. Uruguay

Revista Prudentia Iuris. El nombre y la protección de la identidad, Cuestiones de Derecho Internacional

www.unicef.org/spanish/crc/iudex-30177. *Convención sobre los derechos a la vida*

[http://salutxdesenvolupament.org/es/la salud como derecho humano](http://salutxdesenvolupament.org/es/la_salud_como_derecho_humano)

Scribd. <http://es.scribd.com/doc/64325514/Tratado-de-Derecho-Civil-Internacional-Montevideo-1940>

Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, por **Eduardo Molina Quiroga y Lidia Viggiolo,**

<http://www.aaba.org.ar/bi15701.html>

<http://www.monografias.com/trabajos12/elderint/elderint.shmtm>

Fuentes legislativas:

Constitución de la Nación Argentina.

Tratado de Derecho Civil Internacional. Montevideo. 1889.

Tratado de Extradición con Suiza. Buenos Aires. 1906

Reformas introducidas al Tratado de Derecho Civil Internacional. Montevideo. 1940.

Convenio de la O.N.U. sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios. Nueva York. 1962.

Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2200 (XXI). 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2200 A. 1966.

La IX Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1969.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Asamblea de las Naciones Unidas. Resolución 34/180. 1979.

Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. 1980.

Convenio sobre Protección Internacional de Menores. Montevideo. 1981.

Ratificación Argentina de la Convención sobre Derechos Humanos. 1984.

Convención Interamericana sobre *Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores.* La Paz. 1984.

Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante.

Convención de los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 1989.

Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Montevideo. 1989.

Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores. México. 1989.

J) EL ABORTO EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO³²³

1. Introducción

El problema del aborto en el derecho penal, ha sido un péndulo oscilante que ha ido variando con el tiempo, desde su prohibición total, hasta su permiso en casos especiales (vgr. violaciones, eugenésico, etc.). A la luz de los proyectos legislativos actuales que han sido presentados en la República Argentina, basados en la consideración de ser necesaria una reacción ante la elevada cantidad de muertes provocadas por abortos clandestinos, se formula el presente trabajo comparativo.

En virtud de una deficiente, o cuasi nula educación sexual impartida en las escuelas de la nación, tanto públicas como privadas (sobre todo en las de gestión religiosa), y carentes de un programa serio de gobierno sobre el tema, el “derecho al aborto” ha sido la solución ideada para dar fin a la alarmante cantidad de muertes que se dan a diario en nuestro país por estas prácticas ocultas y delictivas. Con ello, se despenaliza un accionar contrario a la vida humana y a la normativa vigente en nuestro país, la que resultaría imposible de modificar –en los términos del anteproyecto- en razón de la jerarquía constitucional de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Carta Magna en paridad de validez desde 1994.

Por ello, y a los fines de poder desarrollar la comparación entre la legislación actual (Código Penal) y el proyecto de ley presentado –por segunda vez- ante el Honorable Congreso de la Nación en el transcurso del año 2010, ha de ser definido primeramente el instituto, para finalmente brindar la conclusión a la que arribamos. Dicha tarea, la realizaremos como operadores jurídicos que somos, desarrollando nuestra tarea en la faz práctica por cuanto nos desempeñamos como empleados del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, más precisamente en el Fuero Penal.

³²³ Por la profesora Mariela Zanetta Magi.

Así, y siguiendo la definición de Manuel Ossorio decimos que Aborto es: *Acción de abortar, parir antes de que el feto pueda vivir*³²⁴. Con mayor especificidad sobre el tema, el Dr. Camilo Tale ha dicho que es: *la destrucción del embrión en cualquier momento de su desarrollo, o la expulsión del mismo, o su extracción del cuerpo materno antes de que sea capaz de vivir fuera de él*³²⁵. El mismo autor, distingue cuatro tipos de formas en que tal actividad puede ser llevada a cabo, acarreando consecuencias distintas.

Así, el llamado “aborto natural o espontáneo” sucede por deficiencias del nonato, una enfermedad de la progenitora, un accidente o cualquier causa involuntaria; el “aborto culposo” es el que resulta de una conducta que no quiso ese resultado, pero que hubiera sido evitada de actuarse con prudencia y diligencia. El “aborto voluntario o intencional” resulta de la conducta de la madre y/o de una tercera persona que, a sabiendas de la consecuencia, realizan actos que lo provocan, y también cuando tal posibilidad existe en sus acciones, aunque el resultado no sea buscado en forma directa. Finalmente, el “aborto por omisión” acontece cuando existe un riesgo próximo de aborto espontáneo mas no se procuran los medios idóneos para evitarlo, o cuando se omite practicar una cesárea post mortem –siendo viable el feto-.

Propiamente en materia penal, existen dos artículos del código de fondo que determinan la no punibilidad de las conductas abortivas para casos específicos, de lo que se deduce que se corta la cadena lógica y jurídica de lo que tradicional e indiscutidamente se considera delito, a saber: acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible. Así, en el artículo 86 segundo párrafo del Código Penal, se establece que las conductas allí descriptas no serán pasibles de pena; transcribimos a continuación la norma, a los fines de la comprensión y desarrollo del presente. Se hace necesario recalcar que su regulación se encuentra en el Libro Segundo (o Parte Especial), Título Primero denominado “Delitos contra las personas”, Capítulo Primero “Delitos contra la vida”, reconociendo en forma expresa tal calidad al nonato.

³²⁴ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 26° ed. Actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Ed. Heliasta, Bs. As., 1999, pág. 25.

³²⁵ TALE, Camilo. *Compendio de Derecho Natural*. Ed. EDUCC, Córdoba, 1991, pág. 196.

Así, la parte pertinente de la prescripción normativa reza: *El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.*

Con ello se regula la conducta de terceros que actúan sobre la persona de la madre, causando como resultado final la interrupción del embarazo en forma intencionada.

Seguidamente, transcribimos las disposiciones del Proyecto de ley que fuera presentado por el Ministerio de Justicia de la Nación integrante de un plan integral de reformas al código de fondo, no sin antes hacer algunas menciones al respecto.

Primeramente, diremos que misma la propuesta fue presentada en una primera oportunidad ante la Cámara de Diputados el 28 de mayo de 2007, por un grupo de miembros de ese cuerpo legislativo. Por razones que se desconocen, pero presumiblemente previendo que no era el momento social oportuno para ello, no fue tratado, por lo que perdió estado parlamentario a comienzos de el año 2010. Por tal motivo, el 16 de marzo de 2010 en un recordado acto social –y con el apoyo de ONG’s que conforman la *Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito-*, los mismos miembros del grupo original de firmantes presentan nuevamente su proyecto, al que le suman el apoyo de más de 33 legisladores del mismo cuerpo y de muchos de los bloques, asignándosele el siguiente número de expediente 0998-D-2010.

Lejos de asumir una postura religiosa, la comparación y posterior crítica que se le hará al texto que a continuación se transcribirá, lo es a los fines de la utilidad. Ello por cuanto, en nuestro carácter de operadores y colaboradores de la justicia, advertimos desde ya la incoherencia normativa que devendría de aprobar el proyecto, a lo que se adita su inconstitucionalidad *ab initio*, por las razones que luego explicitaremos.

2. El proyecto

Artículo 1º: Toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional.

Artículo 2º: Toda mujer tiene derecho a acceder a la realización de la práctica del aborto en los servicios del sistema de salud, en las condiciones que determina la presente ley.

Artículo 3º: Fuera del plazo establecido en el art 1º toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo en los siguientes casos:

a) Si el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con denuncia judicial o policial o formulada en un servicio de salud.

b) Si estuviera en riesgo la salud o la vida de la mujer.

c) Si existieran malformaciones fetales graves.

Artículo 4º: Previamente a la realización del aborto en los casos previstos en la presente ley, se requerirá el consentimiento informado de la mujer expresado por escrito.

Artículo 5º: Los servicios de salud del sistema público garantizarán el acceso gratuito a las prestaciones mencionadas en los arts. 1º y 3º y los de la seguridad social de salud y de los sistemas privados las incorporarán a sus coberturas en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones.

Asimismo deberán garantizar en forma permanente las prestaciones enunciadas en la presente ley, incluyendo el personal de salud, instalaciones e insumos requeridos.

Artículo 6º: Aquellos médicos/as y demás personal de salud que manifiesten objeción de conciencia para intervenir en los actos médicos a que hace referencia esta ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de los establecimientos a los que pertenezcan dentro del plazo de treinta días corridos contados a partir de la promulgación de la presente ley. Quienes ingresen posteriormente podrán manifestar su objeción de conciencia en el momento en que comiencen a prestar servicio. Los/as profesionales que no hayan expresado objeción en los términos establecidos no podrán negarse a efectuar las

intervenciones. En todos los casos la autoridad responsable del servicio de salud deberá garantizar la realización de la práctica.

Artículo 7º: Las prácticas profesionales establecidas en la presente ley se efectivizarán sin ninguna autorización judicial previa.

Artículo 8º: En caso de que la interrupción del embarazo deba practicarse a una mujer de menos de catorce años se requerirá el asentimiento de al menos uno de sus representantes legales, o en su ausencia o inexistencia de su guardador de hecho. En todos los casos la niña deberá ser oída y frente a cualquier otro interés se considerará primordial la satisfacción del interés superior de la niña en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849).

Artículo 9º: Si se tratara de una mujer declarada incapaz en juicio se requerirá el consentimiento informado de su representante legal.

Artículo 10º: Derogase el Art. 85 inc. 2 del Código Penal de la Nación.

Artículo 11º: Deróganse los Arts. 86 y 88 del Código Penal de la Nación.

Tal proyecto, obedece a la concepción de persona y a la regulación jurídica que se le ha dado a la figura en tratamiento en el derecho comparado, más precisamente el Derecho Anglosajón existente en varios Estados de EE.UU. Así, parten de la consideración de persona (y por lo tanto autorizan el aborto antes de dicho plazo) desde la formación del "cortex" –desarrollo total del sistema nervioso-, lo que acontece recién a los tres meses de vida del feto; en razón de que este permite operaciones específicamente intelectuales, propias del ser humano.

Así, hasta 1969 el aborto estaba prohibido en todos sus estados y su comisión estaba penada con penas privativas de la libertad en el derecho penal, salvo los abortos llamados "terapéuticos". Sin embargo, el cinco de septiembre de dicho año, el Tribunal Supremo de California declaró inconstitucional la ley que prohibía dicha práctica médica, considerando que la norma resultaba vulneratoria del derecho individual femenino. Pese la oposición del por entonces Presidente – Richard Nixon-, una fuerte campaña social tendiente a su legalización, tuvo éxito, lográndose la aprobación de la primera ley permissiva de la figura en el Estado de Nueva York en el año 1970, la que autorizaba los abortos durante los primeros

seis meses de la gestación. Tres años más tarde –más precisamente un veintidós de enero-, la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. legalizó el aborto en todo el territorio norteamericano, en el afamado caso “Roe vs. Wade” (314 F. Supp. 1217)³²⁶, por considerar –siete vocales a favor y sólo dos en contra- que el no nacido no era “persona”, y por lo tanto no tenía derecho a vivir. Finalmente, en el año 1976 otro fallo del mismo calificado tribunal de justicia, dictaminó que el aborto es un derecho absoluto de la mujer gestante, independientemente del consentimiento y oposición del marido –como en el caso que sustentó dicho resolutorio, en el cual el cónyuge alegó que se culminara la gestación del nonato, por considerarlo también de su propiedad-.

Con la presentación del anteproyecto en nuestro país, se suscitaron reparos por parte de la doctrina constitucionalista y de los médicos legistas argentinos³²⁷, que criticaron la vaguedad de la confección técnica-jurídica y objetaron la instalación del “derecho al aborto” y la negación del feto humano en su condición de “persona”, reconocido por normas de jerarquía constitucional y superior a las leyes internas –entre las que se encuentra el referido Código Penal-. La importancia de la discusión radica en la determinación de políticas criminales a seguir en nuestro territorio nacional.

Con respecto al análisis del anteproyecto presentado en nuestro país, diremos que siguiendo la pirámide kelseniana, es por todos sabido que las leyes de la nación han de sujetarse y ser conformes a la Constitución Nacional, en virtud de lo dispuesto por los arts. 28 y 31. Tal consideración, es hoy indiscutible entre la doctrina especializada y aceptada por todos los operadores jurídicos, a los que se le han sumado la consideración –en igual jerarquía que a la Carta Magna- los

³²⁶ El caso inicia en el año 1970, cuando dos noveles abogadas -Linda Coffee y Sarah Weddington-, incoaron demanda en Texas, en representación de Norma L. McCorvey ("*Jane Roe*"), basadas en que su embarazo había sido fruto de una violación por parte de un grupo de pandilleros. El Fiscal de Distrito del Condado de Dallas -Henry Wade-, actuó como defensor representando al Estado de Texas. La Corte del distrito falló a favor de la demandante, aunque no estableció una restricción general ni extensiva en contra de las leyes sobre aborto. Ante los múltiples recursos presentados, el caso llegó hasta la Corte Suprema ("*Roe v. Wade*", 410 U.S. 113), la que en el año 1973 legalizó el aborto en todos los estados por considerar que la mayoría de las leyes contra el aborto en los Estados Unidos violaban el “derecho constitucional a la privacidad bajo la “cláusula del debido proceso” de la “Vigésimo cuarta enmienda” de la Constitución. En consecuencia, esta decisión obligó a modificar todas las leyes federales y estatales que proscribían o que restringían el aborto y que fueran contrarias al fallo.

³²⁷ A. Vitolo; F. Izquierdo; F. Toller y otros.

Tratados Internacionales considerados de Derechos Humanos incorporados en forma definitiva en 1994 por el art. 75 inc. 22°, formando lo que actualmente se denomina el “Bloque de Constitucionalidad” y que es usado para la interpretación y aplicación de las normas sustantivas y adjetivas en todo proceso y situación jurídica.

Por lo hasta aquí expuesto, se ha de hacer notar que el carácter de persona del concebido en el seno materno, ya le era reconocido por el Derecho Romano, cuando se prohibía dar muerte a la mujer embarazada condenada, hasta que diera a luz; o se aplicaba la pena de muerte a la gestante que abortase, retrotrayendo al día de la concepción (según los plazos máximos y mínimos establecidos) la adquisición de derechos del que naciera con vida –aunque fuera durante un instante-.

Pero en nuestro país, desde el dictado del Código Civil (ley 340) en 1869, el Dr. Vélez Sarsfield reguló a la “persona” en distintos artículos, a saber:

Art. 30. Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.

Art. 31. Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes.

Art. 63. Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Art. 70: 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.

Con respecto al derecho-deber inherente a la Patria Potestad, el art. 264 del mismo plexo normativo establece que: *es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su*

protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Con el mismo fin tuitivo, el art. 57 expresa que los padres de las personas por nacer son sus representantes (por ser incapaces). En el art. 59 establece que a la representación necesaria de los padres (matrimoniales o no), se le sumará la representación promiscua del Ministerio de Menores, *“que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”*. Finalmente, el art. 61 manifiesta que si los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare.

A la condición de persona, que en forma innegable le otorga el Código Civil a los aún no nacidos, ha de sumarse lo regulado en los Pactos Internacionales, con lo que se habría producido una derogación tácita de lo regulado en el art. 86 del Código Penal, desde la última reforma constitucional operada en nuestro país, aun para los casos de abortos terapéuticos (cuando la vida de la madre está en un grave peligro y no hay otro medio terapéutico que lograrse salvar la vida del niño en gestación).

Así, el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” reza: *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

En el mismo sentido, el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño prescribe: *Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...* Al momento de la incorporación del Tratado, ya en el año 1989 la ley 23.849 que aprueba esta Convención con jerarquía constitucional, estableció como “reserva” que: *Con relación al art. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño, la República*

*Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño **todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad.*** La norma internacional, ahora integrante de la Carta Magna, dispone también en el art. 6 incs. 1° y 2° que los Estados Partes **reconocen a todo niño el derecho intrínseco a la vida**, y por ello garantizarán en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo. Por su parte, el art. 3 inc. 1° establece: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño.***

También necesario es traer a colación el fallo de nuestro máximo tribunal de justicia nacional, *in re* “Portal de Belén c/Ministerio de Salud de la Nación s/Amparo”, en el cual con fecha 05/03/2002 la CSJN expresó que **“el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento existe un ser humano en estado embrionario”**³²⁸. *“Toda cuestión referida al aborto debe ser analizada a partir de la reforma de la Carta Magna en 1994, a la luz de la normativa internacional de rango constitucional que tutela el derecho a la vida desde la concepción”*³²⁹. Ya se ha dicho que los tratados incorporados a la CN definen al producto de la concepción (embrión y feto) como **persona**. La doctrina de la CSJN es contundente y no deja lugar a dudas.

Por ello, y aún en caso de existir una grave afectación a la salud (psicofísica) de la progenitora gestante, en caso de existir una colisión de derechos constitucionales, habría de recurrirse al “sistema del balancín” (balancín test), pero aplicando el innegable e indiscutido interés superior del niño, con lo que no se podría nunca autorizar la práctica del aborto. El avance innegable y favorecedor a la vida de la medicina, hace posible que sea viable la vida aún de escasas semanas (23 semanas, según variados y reiterados casos que han sido publicados por la prensa local y mundial). La tozudez de los legisladores en negar

³²⁸ A. S. Andruet (h); A. Cardone; F. Ossola *Perspectivas sobre el inicio de la vida humana*; EDUCC, Córdoba, 2003, Pág. 150-151.

³²⁹ Idem; pág.146-147.

la condición humana al concebido, carece de justificación jurídica y biológica. Pertinaces, desconocen la Verdad; sin saber que ella se sostiene por criterios que no se pueden negar racionalmente, y que se mantienen inmutables a pesar de lo que se piense, se diga, o se haga.

En razón de todo lo hasta aquí expuesto, y con un ánimo netamente práctico y colaborador del sistema jurídico que impera en nuestro país, es que sostenemos que deviene imposible legalizar la figura del aborto en la República Argentina. Con la comparación y análisis de la normativa nacional e internacional que resulta aplicable al instituto sujeto a tratamiento en el presente, hemos intentado aportar una herramienta que no se ve afectada por cuestiones religiosas ni de consideración bioética, que permita a nuestros legisladores nacionales comprender el estado de la situación y que pueda evitar que los mismos incurran en el dictado de una norma que desde su inicio sería insalvablemente nula e inconstitucional.

Al acudir a esta valiosa herramienta que nos brinda el derecho comparado local y supranacional contribuimos a un mejor conocimiento de nuestro sistema legal positivo. En este sentido, René Rodiere –citado por Moisset de Espanés, en “Codificación Civil y Derecho Comparado”- en su obra “Introducción al Derecho Comparado” (Barcelona, 1967), expresa: “...*el Derecho Comparado puede ser el medio para mejor interpretar las leyes nacionales...*”.

Sin desconocer la realidad que acontece a diario en nuestro país, donde se suceden muertes por abortos realizados en forma clandestina –en personas de bajos recursos- o ilegal –en clínicas ilegales, y con un altísimo costo económico-, la solución al problema de los embarazos no deseados no puede ser incurrir en figuras delictivas y que contraríen derechos humanos de raigambre constitucional. La educación sexual desde el jardín de infantes (y de acorde al desarrollo intelectual y étareo) de cada persona, así como la difusión de los métodos anticonceptivos no abortivos disponibles, ha de ser la forma de combatir las prácticas ilegales. De lo expuesto, surge la responsabilidad que le cabe al legislador en el tratamiento de proyectos de reformas legislativas conducentes a cambios normativos en torno a prácticas abortivas, aspecto al que hace referencia

Moisset de Espanés –en obra citada- cuando precisa que “...el mayor reto para el jurista y el legislador es actuar con prudencia para guiar a la humanidad por nuevas sendas...”; en la misma línea de pensamiento agrega “...el cambio que realmente conduce por los caminos del progreso es el que gradual e ininterrumpidamente nos va haciendo ascender por las vías de la civilización. Los cambios bruscos, las quiebras de los sistemas jurídicos, que pretenden recomenzar construyendo un nuevo edificio utópicamente perfecto, son – generalmente- pasos de retroceso que nos colocan en situaciones peores de las que vivíamos con anterioridad...”.

El Estado, garante de derechos de sus habitantes y ciudadanos, no puede bajo ningún concepto permitir la legalización de un instituto que se contradice totalmente con la legislación que él mismo ha dictado e incorporado al más alto plexo normativo, y al cual han de sujetarse todas las leyes que en su consecuencia se dicten. La propuesta legislativa sobre legalización del aborto, de factura anglosajona en sus determinaciones y basamento, es totalmente incompatible con el sistema jurídico-social de nuestro país.

3. Bibliografía

En soporte papel

Andruet, Armando. S. (h) y Otros. **Perspectivas sobre el inicio de la vida humana**. Ed. EDUCC, Córdoba, 2003.

Bioética, derecho y sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia. Ed. Alveroni, Córdoba, 2004.

Bioética y Derechos Humanos. Ed. EDUCC, Córdoba, 2007.

Azzali, Javier Carlos. **Acceso a la Justicia de niñas, niños y adolescentes indígenas. Criterios de actuación para una defensa técnica adecuada**. Publicación de UNICEF y el Ministerio Público de la Defensa, Bs. As., 2012.

Bidart Campos, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. Tomos 1 y 2, Bs. As., 1° reimpresión, 1998.

Código Civil De La República Argentina. Ed. Zavallía, Bs. As., 2000.

- Código Penal De La República Argentina.** Ed. Zavalía, Bs. As., 2010.
- Constitución De La Nación Argentina. Leyes Nacionales y Documentos Internacionales Incorporados.** AZ Editora SA, 14ª Edición, Buenos Aires, 1997.
- Constitución De La Provincia De Córdoba. Leyes Nacionales y Documentos Internacionales Incorporados.** Ed. Grimar, Córdoba, 2001.
- Creus, Carlos. **Derecho Penal. Parte Especial.** Tomo 1, 7° ed. Actualizada y ampliada por Jorge E. Buompadre, Ed. Astrea, Bs. As., 2007.
- Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto. **Notas al Código Penal Argentino.** Tomo II, Parte Especial, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2° edición, 2000.
- Moisset De Espanés, Luis. **Codificación Civil y Derecho Comparado.** Ed. Zavalía, Bs. As., 1994.
- Ortiz Pellegrini, Miguel Ángel. **Limitaciones a los Derechos Humanos.** Ed. Alveroni, Córdoba, 2003.
- Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** 26° ed. Actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Ed. Heliasta, Bs. As., 1999.
- Patitó, José Ángel y Otros. **Tratado de Medicina Legal y elementos de Patología Forense.** Ed. Quorum, Bs. As., 2003.
- Pautasso, Silvino A. **Estudio acerca de la condición jurídica del nasciturus en el Derecho Romano.** Anuario de Derecho Civil UCC. Tomo 1, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994.
- Scala, Jorge. **Recrear la cultura de la vida. Principios fundacionales de la bioética.** Ed. Promesa, serie 9 Derecho, San José de Costa Rica, 2006.
- Aborto no punible.** Revista Foro de Córdoba, publicación de doctrina y jurisprudencia. Año XXI, Junio 2011, Córdoba.
- Tale, Camilo. **Compendio de Derecho Natural.** Ed. EDUCC, Córdoba, 1991.
- Vitolo, Alfredo. **Despenalizar el aborto es inconstitucional.** Revista "La Ley" del 13-VI-06.

Yehuda, Rachel y Davidson, Jonathan. **Manual para clínicos sobre el Trastorno por stress postraumático**. Ed. Pfizer Enterprises. s/d.

Zanetta, Víctor Hugo. **Proyecto de Aborto no punible**. Revista Noticias de nuestra Universidad. Instituto Universitario Aeronáutico, Córdoba, Junio/Julio de 2007, Año V edición 3. y <http://www.iaa.edu.ar/prensa/periodico/pdf/2007/06-07.pdf>

Páginas Web Consultadas (todas en marzo de 2013)

www.abortolegal.com.ar/?p=600

www.lavoz.com.ar

www.clarin.com.ar

www.jus.gov.ar

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113> Fallo judicial “Roe vs. Wade” – Corte Suprema de Justicia de E.E.U.U.

K) LAS FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO³³⁰

1. Contexto histórico de la legislación civil argentina

El primer código civil de la República Argentina fue redactado por el Dr. Dalmasio Vélez Sarsfield, en cumplimiento del decreto emitido el día 20 de octubre de 1864 suscripto por el Presidente de la República Bartolomé Mitre y el Ministro de Instrucción Pública Eduardo Acosta. El día 6 de junio del año anterior, el Congreso había sancionado una ley que autorizaba al Poder Ejecutivo a nombrar comisiones para redactar los códigos civil, penal, de minería y ordenanzas del ejército. El proyecto fue finalizado en el año 1869, entrando en plena vigencia el primero de enero del año 1871 bajo el gobierno del Presidente Domingo Faustino Sarmiento.

Para comprender en profundidad una obra legislativa, del tenor que supone el análisis del Código Civil Argentino, no es suficiente el limitarse al producto final condensado en un cúmulo de artículos, además hay que realizar valoraciones sobre el contexto y condiciones que rodeaban al codificador que hicieron que surgiera la obra terminada.

De esta manera, una vez tratada la temática referente a las fuentes legales y doctrinales, se ahondará en las consideraciones que tuvo Vélez para luego exponer los lineamientos del trabajo terminado por el codificador, analizando lo regulado específicamente respecto al “nasciturus” o persona por nacer.

Una vez sentadas las bases precedentes, se presentaran finalmente las opiniones vertidas por jurisconsultos de reconocida estirpe, donde expresan sus apreciaciones tanto metodológicas como ontológicas sobre la primera regulación civil argentina.

a) El motivo de la sanción del Código Civil

Terminada la era independentista, Argentina comienza a consolidarse poco a poco como nación. Comienza a surgir el sentido de pertenencia de un

³³⁰ Por la prof. adscripta María Laura Ceballe.

pueblo que se forjaba paso a paso. Así, desprovistos de guerras y amenazas de batallas, surgía una nueva organización política que debía fortalecerse organizativa y jurídicamente, dando de esta forma garantías y resguardo a sus ciudadanos y al estado mismo, que progresivamente iba perdiendo los tintes de colonia y se consolidaba como un nuevo estado moderno.

Sin embargo, legislativamente imperaba la incertidumbre producto del mantenimiento de leyes españolas que habían regido hasta el momento. Los ciudadanos se encontraban regidos por un conjunto de disposiciones extranjeras dispersas y desconocidas para la mayoría. La dificultad existente para acceder a ellas en España fue una situación que se veía agravada en el territorio americano producto del factor distancia. Incluso la situación se torna más complicada con la existencia de una normativa específica que regía para el territorio dominado: las Leyes de Indias.

Comienza entonces una era organizativa y se suscitan las primeras discusiones acerca de la forma de perfilar el estado marcando cuestiones por sobre todas las cosas referentes a división de poderes, tratamiento de ciudadanos, establecimiento de límites... es decir, cuestiones con tinte netamente pertenecientes al derecho público, no obstante su directa influencia en el derecho privado.

A partir de este momento, nace en Argentina una etapa de organización nacional que desencadena enfrentamientos constantes entre caudillos que disputaban sus ideales políticos, originándose así una serie concatenada de batallas, guerras civiles y golpes a los distintos gobiernos³³¹. En medio de este escenario y debido a problemas internos y externos que sufría Argentina, a comienzos de febrero de 1852 el gobierno de Juan Manuel de Rosas (Gobernador Buenos Aires: 1835-1852) fue derrocado en la llamada "Batalla de Caseros". El ejército multinacional, apoyado por los gobiernos de Brasil, Uruguay y Paraguay, fue liderado por el entonces Gobernador de Entre Ríos Justo José de Urquiza.

³³¹ P. Ej. Batalla de Cepeda, guerra del Brasil, guerra del Litoral, campaña del interior, guerra entre Unitarios y Federales, revolución de los restauradores y revolución de septiembre.

Con el fin de esta era política, comienzan a retornar al país aquellas personas exiliadas por el gobierno rosista. Entre ellas se encontraba el futuro codificador Dalmacio Vélez Sarsfield, quien paso varios años en Uruguay producto de sus ideales políticos que había comenzado a manifestar a través de su actividad política pública iniciada en 1823. Vélez participo en cargos políticos, como por ejemplo Secretario en la primera sesión del congreso rivadaviano de 1824, por lo que a su regreso no le fue extraño desempeñarse en tareas como Senador, reorganizador del Banco Nación, redactor del código comercial y civil, canciller y negociador diplomático entre Buenos Aires y la Confederación Argentina.

Luego, entonces, del derrocamiento del caudillo Juan Manuel de Rosas, Urquiza comenzó inmediatamente a pergeñar los lineamientos políticos para asentar las bases constitucionales que finalmente consolidarían al estado. Debido al respeto que se tuvo en el proyecto nacional por las autonomías de las provincias, estas delegaron en Urquiza la representación de las relaciones internacionales, adhiriendo a la propuesta formulada.

Si bien las energías estaban puestas en la organización del estado nacional, las discusiones políticas acerca de cómo conseguirlo, originaron el surgimiento de diversas corrientes ideológicas. Por un lado se encontraban los federales, con Urquiza a la cabeza, donde consideraban que la organización nacional surgiría a partir de la unión de las provincias, las cuales delegarían funciones específicas a un gobierno central, aunque conservando su autonomía. Otra corriente para destacar era la nacionalista, seguida principalmente por Bartolomé Mitre, quien luego fuera presidente y transmitiría sus ideales políticos al codificador argentino Dalmacio Vélez Sarsfield. Esta corriente propugnaba por una organización dependiente de la ciudad de Buenos Aires. Hemos destacado estas dos posturas, no solo por la importancia que merecían cada una por ser antagónicas, si no por los personajes enroladas en ellas, que serán de gran ayuda para el avance en los próximos títulos.

Para remontarnos a un antecedente específicamente relativo al derecho privado, debemos remitirnos a un decreto emanado del Director Provisional de la

Confederación Argentina Justo José de Urquiza, quien en agosto de 1852 llama a conformarse una comisión para la creación de los códigos civil, penal, comercial y procedimental. Los juriconsultos designados para tal labor en el área civil fueron como codificador el Dr. Lorenzo Torres y como consultores D. Alejo Villegas y Marcelo Gamboa. Debido a problemas de salud del Dr. Torres, se nombra el 3 de septiembre de 1852 a Dalmasio Vélez Sarsfield para que proceda a su reemplazo.

Si bien estaban dispuestas las condiciones técnicas para el comienzo de la tarea legislativa, la misma no pudo realizarse en esa oportunidad debido a factores políticos, que provocaron una crisis en cuanto al gobierno nacional que se desencadenó en la posteriormente llamada "revolución de septiembre". La revolución de septiembre produjo el levantamiento de los ciudadanos de Buenos Aires contra el general Justo José de Urquiza, quien debió abandonar su cargo el 11 de septiembre de 1852.

Luego de finalizadas las contiendas de carácter político, se puso fin a la etapa de guerras civiles y se comenzó a bregar por la formación de una constitución nacional. De esta manera, bajo el gobierno de Urquiza, se lleva a cabo el congreso constituyente que sanciona en mayo de 1853, luego de varios intentos fallidos, una Constitución Nacional para Argentina.

En este contexto se originan las disposiciones tendientes a la codificación de las materias fundamentales que regirían el destino de las relaciones privadas de los ciudadanos. Así lo estableció la Constitución Nacional del año 1853 en su artículo 24, el cual establecía que "*El congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos...*" y el artículo 75 inciso 12 rezaba que "*Corresponde al congreso... Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, encuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales...*".

Era fundamental que los códigos cohesionaran a la sociedad, al mismo tiempo que afianzaban su unidad política, finalmente lograda en Argentina en ese momento. Estas ideas de tinte unitarias, no convencían del todo a los federales, pero era un factor necesario para la unidad nacional.

Sin embargo la constitución originaria no contó con la anuencia de la Provincia de Buenos Aires. Esto generó el incumplimiento de la ley sancionada a fines de 1854, por la cual el Congreso autorizaba al Poder Ejecutivo a nombrar una comisión codificadora. *“Las luchas internas de que fue teatro el territorio de la confederación argentina después de la separación de Buenos Aires impidieron sin duda al gobierno de la restauración dar cumplimiento a las disposiciones de esta ley...”*³³²

Luego de varias negociaciones, finalmente en el año 1860 surgiría la verdadera Constitución Nacional representativa de todas las provincias de Argentina, posibilitando que el decreto del Poder Ejecutivo del 20 de octubre de 1864 que nombro al Dr. Dalmacio Vélez Sársfield codificador, pudiera cumplirse pacífica y definitivamente.

b) Fuentes e influencias del Código Civil Argentino

Es de suma importancia a los fines de lograr un análisis consistente, conocer las fuentes de la cuales se valió Vélez Sarsfield para la elaboración del primer Código Civil Argentino, el cual, a pesar de sufrir algunas modificaciones, conserva actualmente la ontología de la mayoría de sus artículos originales.

Sólo conociendo los elementos de los cuales se valió el codificador, a la hora de formar su mentalidad jurídica, podremos comprender el actuar y consecuente resultado legislativo el cual se ve amparado siempre por un contexto social, político y cultural determinado.

Vélez se valió en su tarea codificadora, de una gran variedad de fuentes: códigos internacionales, doctrina y discusiones de la época, leyes nacionales e internacionales, principios y preceptos imperantes en el siglo XIX.

1) Influencia de Teixeira de Freitas. Su proyecto de Código Civil Brasileño

³³² MARTINEZ PAZ, Enrique. *“Dalmacio Vélez Sarsfield y el código civil argentino”*. Pág. 140 (ver cita completa en Bibliografía).

Cuando nos referimos a las fuentes del código civil argentino no podemos dejar de mencionar como uno de los aportes más importantes la labor realizada por el jurisconsulto brasileño Augusto Teixeira de Freitas.

El 22 de diciembre de 1858 Pedro II, emperador de Brasil, emite un decreto por el cual se autoriza al Ministro de Justicia a contratar un jurisconsulto que se encargue de la redacción de un código civil. La elección para tal tarea, quedo en cabeza de Freitas, quien había demostrado gran capacidad y responsabilidad para tal proyecto, debido a su labora legislativa previa, donde fue el encargado de compilar las leyes que se encontraban en vigencia en el Imperio de Brasil, desde su independencia en septiembre de 1822 hasta el momento en que se le encomendó tal tarea. El historiador y jurista argentino Abel Cháneton, manifiesta que tal elección era eminente, no solo por la amistad conocida y pública que el jurisconsulto tenía con el Ministro, si no por sus antecedentes de innegable capacidad intelectual sobre materia de compilación y codificación de leyes.

Freitas era un prestigioso abogado pero adquirió gran reconocimiento público cuando, en cumplimiento del decreto mencionado supra, publicó su obra "Consolidação das leis civis" en 1855, consistente en una compilación de leyes vigentes en el imperio. La fuente principal de este derecho estaba dada por las ordenanzas de Filipinas de Felipe II, sancionadas en enero de 1603. Allí quedó plasmada su dedicación, compromiso y claridad para reflejar cuestiones normativas, lo que hizo de él un sujeto idóneo para ocupar el cargo.

Cuando Freitas debió iniciar la confección de este "Esboço" de código civil, vislumbró que no sería una tarea sencilla. El jurisconsulto debió realizar la comprometida labor de indagar no solo en los textos legales existentes en el derecho extranjero, sino también en las diversas teorías y doctrinas clásicas y contemporáneas que darían fundamento a las disposiciones legisladas. Este proceso de procesamiento de la información, supuso enfrentar al autor con adversidades originadas en la lectura de diversos textos legales a veces confusos, a veces incompletos, que se manifestaban a través de diversos idiomas. Sin embargo el autor supo sortear estos obstáculos y es por ello que, aun

actualmente, persiste el reconocimiento por tan ardua labor en la que realizo un análisis terminológico a la luz del contexto histórico social actual para su época.

Adentrándonos en la temática que nos convoca, a continuación realizaremos un análisis sobre la regulación normativa plasmada en el proyecto de elaboración de código civil brasileño a cerca del “nasciturus”.

Freitas, fiel a su metodología, comenzó refiriéndose a las personas en general y luego a cada una de sus manifestaciones jurídicas. El jurista clasifica a las personas existentes en personas de existencia visible y personas futuras, mismo criterio que utiliza en cuanto a la clasificación de las cosas.

Las personas que no existen, pueden ser entendidas como ente humano no concebido aún en el vientre materno o como persona ideal. En la nota al artículo 43 de su proyecto de código civil, explica que el término “persona” no es sinónimo de “hombre”. El hombre es el sujeto activo que posee facultades mentales que le permiten desarrollar la percepción, la conciencia y la inducción. La persona, en cambio, constituye un elemento objetivo asimilable a la causa fin del actuar del hombre.

Texeira de Freitas, se refiere al nasciturus como “persona de existencia futura” y posteriormente como “personas por nacer”. En la nota al artículo 34 del “esbozo” manifiesta, al desarrollar el tema de la persona considerada como futura, que tal concepto es controvertido debido a las disputas doctrinarias que surgieron en torno a la condición “si nascatur” (en caso que naciera). Toma como fuentes a las opiniones emanadas de los escritores franceses Jean Baptiste Furgole, Henri François, D’Aguesseau y Raymond Troplong principalmente. Estos autores no comprendían cómo personas que aún no tenían una efectiva existencia, pudieran ser objeto de disposiciones normativas. Los autores del libro “tratado de direito civil brasileiro”, Eduardo Espinola e hijo, nos relatan en el mismo que antiguamente las reflexiones acerca del comienzo de la vida versaban sobre cuestiones netamente filosóficas. Allí traen a colación a Fadda, quien manifiesta que el tratamiento jurídico a cerca del feto surgió como una necesidad de regulación de índole pecuniaria, remontándose a las XII Tablas, no sin antes aclarar que esta fuente se encuentra controvertida por ciertos historiadores si es

que los derechos del *nasciturus* fueron contemplados en virtud de ella o es que se llegó a considerarlos a raíz de un cumulo de interpretaciones jurisprudenciales, ya que la tabla IV en su última disposición rezaba “*Si muerto el padre, la viuda diere a luz dentro de diez meses después de su muerte, se considerará como hijo legítimo del difunto.*”

Se controvierte entonces, como adelantábamos anteriormente, el hecho que tengan validez jurídica los actos jurídicos tales como herencia o donaciones hechas a las personas que no existen (personas no concebidas o personas inmateriales). Esta discusión se origina en la lectura de los artículos 725 y 906 del código de Napoleón, donde si bien es tratado en otra parte pertinente de la obra, se hará aquí una alusión para dejar esclarecida las razones que llevaron a Freitas a resolver la posición que justifica su codificación, que luego será examinada por el codificador argentino Dalmasio Vélez Sarsfield a los fines de formular su proyecto de código civil

El artículo 725 del código de Napoleón establecía que “*para heredar es menester existir necesariamente en el instante en que se verifica la herencia. Por consiguiente son incapaces de heredar: 1° el que no está aún concebido 2° La criatura que no nació en estado de vivir 3° El que murió civilmente*”. El 906, por su parte, rezaba: “*para ser capaz de recibir entre vivos, basta estar concebido a la época de la donación. Para ser capaz de recibir por testamento, basta estar concebido a la muerte del testador. Sin embargo no tendrán su efecto la donación o el testamento si la criatura no naciese en estado de poder vivir.*” Esto genera entonces la regla de que quien no existe no puede adquirir derechos y la excepción sería que puede hacerlo si llegare a existir en determinada circunstancia. Así como está la posibilidad que personas con capacidad jurídica se tornen incapaces, a la inversa se trata en estos casos de tipo condicional. Freitas concluye al final de la nota al artículo 34 que “*negar esto, es desconocer la naturaleza humana, y quitar la libertad individual*”.

Finalizada la exposición relativa a las consideraciones acerca de la persona en general y sus manifestaciones jurídicas, Freitas dedica en su proyecto de código civil un apartado específico a las “personas por nacer”. En el artículo 53

las define como aquellas “*que no habiendo aún nacido están concebidas ya en el seno materno*”. Aquí el jurisconsulto diferencia los términos “persona futura” y “persona por nacer”, siendo entonces personas futuras aquellas que aún no existen y personas por nacer las que existiendo todavía se encuentran en el vientre materno.

Sólo las personas por nacer son acreedoras de representación legal, siempre y cuando estas estén involucradas, directa o indirectamente, en actos jurídicos de los cuales sean posibles de adquirir bienes, ya sea por herencia o donación. Freitas toma como fuente al derecho romano, en lo que comúnmente se denominaba “curatela al vientre”, figura originada a raíz de la utilización de la institución de donaciones o herencias. En estos supuestos deben configurarse dos requisitos para que tenga lugar la representación legal:

1.- que se prueben los hechos del que deriva la adquisición y los que habiliten al nasciturus a adquirirlo. El hecho del que deriva la adquisición se prueba mediante instrumento de donación, el testamento o la muerte del causante para acreditar la herencia. El nasciturus se tendrá por reconocido por la sola declaración de la madre grávida, de su marido o de otras partes interesadas. En esto Freitas se aparta de la concepción romana que contenía una gran cantidad de requisitos a los fines del reconocimiento del embarazo.

2.- Que el plazo del embarazo de la madre del adquirente, relativamente al tiempo del que deriva la adquisición, no exceda el plazo de diez meses. La razón del plazo establecido, es evitar que reclamen, por ejemplo herencias, personas no existentes al momento de configurarse el nacimiento del acto jurídico, si no únicamente personas existentes no nacidas. Por ello se presumirá un plazo mínimo y máximo de duración del embarazo, el cual queda establecido entre los 6 y 10 meses de gestación, contando a partir del día del nacimiento.

Estos plazos son tomados, aunque levemente modificados, del derecho romano, que había establecido un tiempo de presunción para resolver cuestiones relacionadas con la paternidad. Freitas lo que hace es extender la casuística referentes a la materia de familia a otras situaciones de índole patrimonial.

Prosiguiendo con el análisis del articulado, Freitas manifiesta en el artículo 221 del proyecto de código civil para el Brasil cuál es su posición respecto al momento en el cuál comienza la vida de las personas, ubicando el comienzo de la existencia en el momento de la concepción en el seno materno, dejando de manifiesto que *“antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido”*. Esta disposición es la mayor importancia a la hora de tratar la temática del comienzo de la existencia de las personas, puesta que el jurisconsulto brasileño se aparta de las concepciones clásicas de los demás códigos, ubicando el comienzo de la existencia como una “existencia real”, y no como parte de una “teoría de la ficción”, como originariamente lo planteo el derecho romano. Para este sistema jurídico, el hijo dentro del vientre materno no es aún criatura humana. Así lo estableció el jurisconsulto romano ULPIANO: *“Antes de ser dado a luz, el feto es parte de la mujer o de las vísceras”*.³³³

El autor Pierangelo Catalano, expone en su libro “Derecho y Persona” que en la época podía visualizarse la existencia de dos pensamientos jurídicos antagónicos acerca de la condición jurídica del nasciturus. Una, con una fuerte inspiración justiniana, de lineamientos provenientes del derecho romano y otra de origen pandectista germánica, interpretación del derecho romano que aceptaba la existencia concreta del niño por nacer, denominándolo “persona”, en lugar de “ser humano”.

El código de Chile había planteado en su artículo 74, adhiriendo a estas concepciones clásicas, que *“la existencia legal de toda persona principia al nacer”*, manifestando la teoría de la ficción en su artículo 77 donde finalmente recepta la disposición que *“si el nacimiento constituye un principio de existencia, el recién nacido entrará en el goce de dichos derechos, como si ya existiese en el tiempo en que tales derechos se otorgaron”*. Savigny defendió estas posturas, y argumentó que en estos casos existen dos reglas: una refleja los hechos objetivamente (Ejemplo: artículo 74 del código de Chile) y otra que constituye una

³³³ **Digesto 25, 4, 1, 1.** *“Partus ante qua medatur, mulieris portio est vel viscerum”*.

simple ficción, aplicada a la condición de producirse ciertos hechos (Ejemplo: artículo 77 del código de Chile).

Por lo esgrimido es que Teixeira de Freitas buscó dejar claramente establecido en su artículo 222 y su respectiva nota, que los derechos del *nasciturus* quedarán irrevocablemente adquiridos bajo la condición de su nacimiento con vida. Justifica esto demostrando la lógica y coherencia de sus articulados, puesto que en caso que la persona por nacer posean bienes, estos son adquiridos inmediatamente por ellos, sólo que a través de sus representantes. No cabe la concepción de que esos derechos quedan suspendidos hasta que el nacimiento se produzca. Es decir, en estos supuestos se acepta la validez de la transmisión a personas por nacer pero se consideran herencias o donaciones sujetas a una condición suspensiva de que el nacimiento con vida se produzca. Savigny propugno este sistema derivado de su interpretación del derecho romano, donde el derecho que corresponde al *nasciturus* no es más que una ficción jurídica creada para su beneficio.

Freitas en la nota al artículo 221 esgrime una vehemente argumentación en defensa del *nasciturus*, negando la posibilidad de que exista un ente susceptible de adquirir derechos sin que se lo considere persona. De esta manera reflexiona: *“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 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... tampoco son personas los menores impúberes...”*³³⁴. El jurisconsulto justifica el reconocimiento del *nasciturus*, manifestando que si éstos no fueran personas no existirían leyes protectorias de la vida preparatoria, como es el caso de la prohibición del aborto o la ejecución de la pena de muerte en una mujer embarazada. Freitas deja en claro que su código tiene dos tipos de disposiciones: unas generales, que son las reguladas a partir del artículo 221 titulado “De la existencia antes del nacimiento” y

³³⁴ TEXEIRA DE FREITAS, Augusto. “Esboço de un Código Civil para o Brasil”. Vol I. Párrafo 4º, nota al artículo 221 (Ver cita completa en Bibliografía).

otras de tipo específicas, como las analizadas anteriormente, donde se les otorga representación legal al nasciturus en los casos en que éstos tengan bienes a adquirir, cuyos derechos se configuran mientras el sujeto acreedor se encuentra en el vientre materno.

El codificador brasileño establece que al disponer la redacción del artículo 221, evito referirse a “el momento de concepción” (Establecido en el artículo 22 del código de Austria) debido a que hay una imposibilidad absoluta, al menos así era en su momento, que tornaba insostenible el hecho de poder determinar la fecha exacta en que el *nasciturus* comenzó a existir. Nos aclara en la nota a los artículos 229 y 230 de su proyecto que *“la concepción es un secreto de la naturaleza... siendo necesario fijar su época, por comenzar desde entonces la existencia humana y darse por consiguiente la posibilidad de adquirir derechos...”*

Si bien no había posibilidad material de determinar el comienzo de la existencia de la vida dentro del vientre, sí era posible determinar el nacimiento con vida, lo cual representaba el comienzo de la vida independiente. La prueba del mismo era mediante la observación de los testigos de signos de vida, ya sea por el llanto de la creatura o percepción de su respiración, no importando si el nacimiento se produjo por intervención quirúrgica o por trabajo de parto.

Respecto la instrumentación de la prueba del nacimiento, Freitas lo reguló muy específicamente. El nacimiento se probará entonces por certificados emitidos por el Registro Público Brasileño, para aquellos partos realizados en ese territorio y si el nacimiento tuvo lugar en alta mar, deberán dar fe de ello el escribano del buque de guerra o capitán del barco mercante, son dos ejemplos de lo mencionado.

Respecto al resto de su trabajo, si bien el convenio fue suscripto quedando establecido en el mismo como condición la entrega del trabajo definitivo con fecha límite 31 de diciembre de 1862, tal plazo nunca se cumplió, y pese a las prórrogas que el gobierno iba decretando, Texeira de Freitas decidió abandonar la tarea emprendida, dejando la obra inconclusa. Quedó de esta manera rescindido el contrato el día 18 de noviembre de 1872, diez años después del vencimiento del plazo originariamente impuesto.

Luis V Varela, nos explica que *“Preocupado el sabio jurisconsulto de encontrar el mejor método para reunir en un solo cuerpo todas las leyes del Brasil, concluyo por abandonar la división legislativa por materias, creyendo preferible hacer un solo código general, que reuniendo todo el derecho de fondo, sin distinciones entre lo civil, lo penal, lo comercial, etc., estableciese la conexión que existe entre esas distintas ramas de la legislación , para mantener, en el ejercicio de cualquiera acción, la indispensable filiación de las ideas”*³³⁵.

Freitas comenzó a renegar contra los sistemas de codificación existentes, sobre todo los referidos a las leyes civiles. Plantea que cualquier código posee normas comunes, como las relativas a la aplicación de las leyes, publicación, personas, hechos, etc. En síntesis, quiere destacar que el código civil no posee temáticas de las cuales les sea privativa. Freitas entonces abandona la idea metodológica que venía desarrollando, y comienza a seguir el sueño de crear un código general que contenga las definiciones y principios en su totalidad y un código unificado civil y comercial. En el primero (dedicado a los hombres de ciencia) se encontrarían las leyes que enseñan, mientras que en los otros códigos (destinados al pueblo) las leyes que mandan.

Si bien no llegó a la culminación de su proyecto, el jurisconsulto se convertiría en uno de los codificadores más importantes y de mayor influencia de América Latina, durante la era post independentista de finales del siglo XIX.

El codificador se destacó principalmente por la claridad en la transmisión de principios y conceptos, mediante la utilización de un método lógico, donde partía de supuestos generales a partir de los cuales era posible, mediante la deducción, llegar a una solución para los distintos casos particulares que se presentaren.

2) Otras fuentes

Como adelantábamos anteriormente en los inicios de este capítulo, el codificador tomo una gran variedad de fuentes para la elaboración de su proyecto

³³⁵ VARELA, Luis V. *“Código civil: Proyecto de A. T. de Freitas”* Tomo I, Pag 4 (Ver cita completa en Bibliografía).

de código civil. Respecto a los códigos internacionales, hemos analizado anteriormente el aporte del juriconsulto Augusto Texeira de Freitas, por lo que resignamos el análisis en profundidad de cada uno de las demás fuentes a otros capítulos pertinentes que conforman el presente trabajo donde se manifiesta como influenciaron a la sanción del código civil y el tratamiento que dieron al “*nasciturus*”.

Sin embargo, no hay que dejar de mencionar, que Vélez no solo se valió de un cumulo de leyes positivas, si no que incorporo ideales aportados por discusiones doctrinarias y teorías jurídicas imperantes de la época. Diremos que el derecho romano no influyo directamente a la hora de codificar las disposiciones que regirían las relaciones civiles de los argentinos, sin embargo tuvo en consideración la incorporación de instituciones allí originadas o reguladas. Un ejemplo lo encontramos en las disposiciones relativas al dominio, donde apartándose del código de Napoleón, incorpora a la tradición, no dejando librado todo a la simple manifestación del consentimiento.

Vélez se vio rodeado de una gran cantidad de elementos que sirvieron de bases para sentar la obra legislativa civil argentina. Abel Cháneton en su libro “Historia de Vélez Sarsfield” nos da un detallado listado de las fuentes utilizadas por el codificador las cuales se clasifican en fuentes tomadas para las notas y juristas menores. En la primer categoría tenemos a “*Merlin, Proudhon, Toullier, Delvincourt, los primeros intérpretes del código de Napoleón; Duvergier y Troplong...; Zachariae y sus ilustres adaptadores Aubry y Rau; Massé y Vergé, autores también de una traducción de la obra del profesor de Heidelberg; Demolombe, Duranton y Demante; Mourlon y Paul Pont; Valet y Marcadé, Delamare y Lepointevin, Vezeille, Chabot, Molitor, Grenier, Pardessus, Demangeat, Curasson, Battur, Belost-Jolimont, Coin-Delisle, Belime, Chardon, Malpel, Martou, Persil, autores todos de tratados especiales sobre determinados títulos del código francés; los regestos de Fenet, Loqué, Favard de Langlade y el “análisis” de Maleville, donde quedaron protocolizados los trabajos preparatorios y la discusión del código; los grandes repertorios de Merlin y Dalloz; Portalis, con sus “Discours et rapports”, los autores de las obras que tratan temas afines, como*

*Foucart y Serrigny (derecho administrativo), Bonnier (procesal), Sellyer, Chauveau Helie (derecho criminal); Foelix, con su Derecho internacional privado; Laya, con sus estudios sobre derecho inglés; Massé, con su derecho comercial; los jurisconsultos de la gran época: Papiniano-Paulo-Ulpiano; los romanistas: Olea, Voet, Mackeldey, Leclerq, Maynz, Artolan, Savigny; todos ellos fueron puestos a contribución por el Codificador argentino para redactar su "Proyecto". Sin olvidar también a los grandes jurisconsultos que lo acompañaron siempre: Cujas, Heineccio, Domat, Pothier; ni a los tratadistas españoles, que tanto frecuentara: Solórzano, Gregorio López el glosador de Las Partidas; Antonio Gómez, el comentarista de las leyes de Toro*³³⁶. En cuanto a juristas menores, los mismos fueron de gran importancia a la hora de argumentar las disposiciones codificadas. Recordemos que Vélez al utilizar las notas, si bien toma de Freitas la idea, innova en cuanto a la forma de justificación. Freitas hace uso de las notas para aclarar conceptos o desmenuzando artículos parte por parte. Vélez, en cambio, utiliza las notas para explicar el porqué de la decisión de redactar la disposición normativa, justificando el fondo, no explicando significados únicamente. Entre ellos a "Meyer, Morel, Freminville, Vidal, Pochannet, Bresalles, Mimerel, Dupret, Camouilly, Gros, Cadres, Lafontaine, Eysasautier, Rauter... Kent, con sus commentaires; Story, con sus Conflicts of Law".³³⁷

Por último, destacaremos tres proyectos de código civil extranjeros que no lograron concretarse, pero que Vélez tomo como referencia. Los mismos son: El proyecto de código civil para Uruguay de Acevedo, Proyecto Español de la Comisión Codificadora presidida por García Goyena y, por supuesto, el esbozo de Freitas, al cual nos referimos oportunamente.

c) Reseñas sobre el trabajo de Vélez Sarsfield

El codificador tomo con mucha responsabilidad la tarea encomendada. Ya alejado de las actividades políticas, pudiendo dedicarse exclusivamente a la redacción de un cuerpo normativo civil para los argentinos. Para ello se recluyó en

³³⁶ CHÁNETON, Abel. "Historia de Vélez Sarsfield" pág. 405 (ver cita completa en Bibliografía).

³³⁷ Idem 6. Pág 406.

su quinta de veraneo, lejos de las preocupaciones que genera la vida cotidiana. El jurista se vio inmerso en la agobiante preocupación de cumplir con la tarea en el plazo estipulado.

Vélez era consciente de que la redacción de tal obra legislativa no era únicamente una selección de normativas, si no que debía de formarse técnica y jurídicamente a la luz de una nación aún joven, a la cual había que adaptarle las disposiciones con el fin de no entorpecer su natural evolución. Sin embargo el codificador no permitió que factores psicológicos como la inseguridad, e incluso físicos como la edad, obstaculizaran el trabajo comprometido. En la nota de aceptación del cargo de redactor del proyecto de código civil, Vélez manifiesta el compromiso que asume a enfrentar estos temores, manifestando que *“debo decir al señor ministro que yo no puedo prometer todas las leyes civiles que deben regir en la República... Pondré... los elementos y todos los antecedentes que me sean posibles para una obra de ese alcance; pero ella no puede ser completada si no vienen en su auxilio los estudios y las luces de todos los hombres competentes. No me prometo, pues, hacer el código civil que debe regir en la República Argentina; sino principiar la obra, y poner en las fórmulas del proyecto los problemas jurídicos que otros hombres y otros conocimientos que los míos deben resolver. Esa es la conciencia y el objeto con que acepto el honroso cargo que me ha hecho el gobierno nacional”*.³³⁸

Cháneton nos relata el proceso de codificación de Vélez como *“un espectáculo del codificador luchando para orientarse en aquel farrago de doctrinas contradictorias, y luego (...), luchando aun con sus notorias dificultades para dar forma lapidaria a su pensamiento”*³³⁹. Es loable destacar la forma de trabajo del codificador, ya que realizó su labor personalmente, sin la ayuda de colaborador o asistente alguno.

El Ministro de Justicia, Dr. Eduardo Costa estableció previamente, mediante nota dirigida a Vélez el día 20 de octubre de 1864, los requisitos y condiciones que debían de respetarse a la hora de emprender la tarea legislativa.

³³⁸ VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio. Nota *“Al señor Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública”*, (ver cita completa en Bibliografía).

³³⁹ CHÁNETON, Abel. *“Historia de Vélez Sarsfield”* pág 360 (ver cita completa en Bibliografía).

Quizás por este recaudo es que el código, una vez sancionado, no tuvo grandes oposiciones y con el tiempo sufrió muy pocas reformas.

Ahondaremos ahora en la cuestión de la regulación sobre el nasciturus en el código civil argentino, analizando de qué fuentes específicas se valió el codificador para normar la temática.

Vélez comienza el libro primero del proyecto, titulado “De las personas” refiriéndose a las personas en general. La sección primera de este libro denominada “De las personas en general”, regula tres grupos específicos: las personas jurídicas, las personas de existencia visible y las personas por nacer”.

Continuando con la exposición, define en el artículo 30 a las personas como “*todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones*”. Continúa realizando una clasificación entre personas de existencia ideal o de existencia visible. Para ello, y con la finalidad de clarificar los conceptos, el codificador define en el artículo 32 a la persona ideal como “*todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible...*”. Ya en la nota al título que las contempla, Vélez las define como “*...individuos...que no existen sino con un fin jurídico*”³⁴⁰ a los fines de establecer una diferencia con las personas naturales. En la nota al título referido a las personas jurídicas, el jurista realiza una exposición argumentando que el título seleccionado es una innovación legislativa que ningún autor contemporáneo o clásico contemplo. El único codificador que lo contempla es Bello en el código civil chileno, pero según palabras de Vélez “*en él hay un error tan grave que destruye toda la importancia que debía prometerse de su ilustrado autor*”. Cita como única fuente de referencia que trató el tema de forma completa a Savigny, referente de Freitas a quien Vélez siguió “a la letra”.

Respecto a las personas de existencia visible, y a los fines de no demorar el tratamiento del tema que nos convoca, no nos detendremos más que en citar la definición que le dio el código: “*todos los entes que presentan signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes...*”

³⁴⁰ VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio. Nota al Título 1 “de las personas jurídicas” Sección Primera “de las personas en general” del Libro Primero “de las personas” del código civil argentino.

(Artículo 51 código civil argentino). En la nota respectiva se indica expresamente que la fuente que se tomó para su redacción fue el artículo 35 del Proyecto del brasileño Augusto Texeira de Freitas.

Adentrándonos en la temática, abordaremos la cuestión del nasciturus en el código civil. Vélez hace su primer mención sobre ellos en el artículo 54 al establecer que “*tienen incapacidad absoluta: 1. Las personas por nacer...*”³⁴¹ Y es finalmente en el título 3 denominado “De las personas por nacer”, donde comienza a tratar la temática que nos convoca.

Vélez denomina a las personas por nacer a “*las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*”³⁴². Aquí el codificador considera que las personas por nacer, de ninguna manera pueden ser consideradas personas futuras, ya que se encuentra convencido que la existencia en el vientre materno es un hecho y esto es lo que amerita la existencia de una representación en caso de adquisición de bienes por donación o herencia.

Respecto a las fuentes relativas a esta disposición, el jurisconsulto argentino se expidió expresamente sobre aquellas de las que se valió y sobre las descartadas. Entre las influencias directas para llegar a esta disposición, se encuentran los artículos 22 del código de Austria, 29 del código de Luisiana y 10 del código de Prusia. Se aparta de las regulaciones del código de Chile establecidas en su artículo 74, fundamentando con los argumentos que de Savigny que cita Freitas en su obra, la cual ya ha sido objeto de análisis previo.

Vélez, consiente de la importancia que suscitaba la cuestión relativa a la existencia de las personas antes del nacimiento, le dedico un título específico al código. Por ello dispuso que ella comenzaba a partir de la concepción en el seno materno, quedando la posibilidad de adquirir algunos derechos como si ya hubiera nacido y otros al nacer con vida. Aquí Vélez se nutre de contenido extraído de las leyes de partidas (partidas IV, VII y VIII) conformes con las leyes romanas, lo

³⁴¹ A los fines de lograr un cierre a esta cuestión puede citarse el artículo 57 del código civil argentino, donde se manifiesta que “*son representantes de los incapaces: 1. De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de estos, los curadores que se les nombre*”.

³⁴² Art. 63 del código civil argentino.

analizado por Freitas y el derecho romano, al cual adapto a la realidad social a la cual se impondría el código.

Por ultimo nos referiremos a lo establecido como materia probatoria del embarazo y nacimiento. El embarazo se prueba con la simple declaración de tal estado de la madre, por su marido o cualquier persona interesada. Vélez toma distancia de las influencias romanas en esta cuestión³⁴³, ya que el mismo poseía un sistema riguroso de reconocimiento del embarazo, que resultaba en ocasiones humillante para la mujer. La única prueba admisible, para confirmar tal estado, es mediante examen médico autorizado por la madre. La cuestión es diferente respecto a la época de la concepción, ya que en el contexto histórico de sanción del código, era prácticamente imposible determinar el momento en que el nasciturus fue concebido. Por ello Vélez estableció un plazo de presunción del embarazo, que oscilaría entre un mínimo de 180 días y un máximo de 300, que no admitiría la posibilidad de una prueba en contrario. Posteriormente, el código civil sufrió una reforma³⁴⁴, producto de los avances tecnológicos en materia reproductiva, incorporando la posibilidad de establecer pruebas en contrario. En cuanto al nacimiento con vida, se probaría para el jurisconsulto argentino por medio del testimonio de aquellos que al momento del parto pueden testificar haber observado signos de vida u oído la respiración o voz del nacido.

Queda establecido luego de este análisis la tendencia del codificador a romper con el tradicionalismo imperante que reflejaban sus dos grandes: exponentes el código de Napoleón y los lineamientos romanos. Vélez se inclina más por reconocer una realidad contemporánea, que busca que sus primeras legislaciones propias reflejen los verdaderos valores que va forjando la nación día a día. Quizás es por ello que toma como referente los trabajos del Dr. Freitas, con quien podía ver una gran empatía en cuanto a la búsqueda de progreso de un estado, también joven, como lo era el Imperio Brasileño.

³⁴³ Digesto. Libro 25 Títulos 3, 4, 5 y 9.

³⁴⁴ Producto de la ley N° 23264 de “Filiación. Patria Potestad” sancionada el 25 de Septiembre de 1985.

De esta manera, el día 21 de junio de 1865, Dalmasio Vélez Sarsfield eleva al Poder Ejecutivo una extensa nota explicativa, acompañando el primer libro de su proyecto de código civil, titulado “De las personas”.

d) Sanción del primer Código Civil Argentino

Luego de la entrega periódica de los libros restantes que completaron la obra legislativa, producto de un arduo estudio y reflexión, Vélez entregó en 1869 el primer código civil argentino al Poder Ejecutivo³⁴⁵, quedando así sometido al examen y aprobación por parte del Congreso de la Nación.

Pero las controversias no tardaron en aparecer. El modo de examen y discusión del código a sancionar generó diversas posturas al respecto. Algunos opinaban que el análisis del cuerpo normativo debía realizarse en bloque, es decir, considerando la consistencia interna de lo codificado. Otros, por su parte, consideraban que esa forma era contraproducente, que lo que debía considerarse es la inexistencia de contradicciones con los demás cuerpos normativos como la Constitución Nacional y demás leyes especiales derivadas de ella, como así también el Código de Comercio. Un sector de la opinión se orientó por una tercera alternativa que consistía en el examen del articulado específicamente, es decir, artículo por artículo.

Ante la disidencia originada, el Poder Ejecutivo decidió someter el tema a consideración del Colegio de Abogados en junio de 1869. La respuesta tardó en llegar poco más de un mes, pero sin muchas respuestas concretas. El Colegio manifestó la necesidad de un debate previo, pero no se refirió a ninguna de las alternativas como la más propicia. El Ejecutivo decidió entonces enviar en los próximos días el proyecto al Congreso, solicitando su pronta aprobación.

A finales de septiembre de 1869, comenzó efectivamente el tratamiento del proyecto. González Durand, miembro de la comisión de diputados, solicitó una postergación del debate, debido a no haber dispuesto del tiempo necesario para su estudio y análisis, y la mayor parte de la comisión si quiera lo había leído. La

³⁴⁵ El Ministro de Justicia acusó recibo de ello el día 20 de Agosto de 1869.

moción fue denegada y se comenzó a discutir acerca de la posibilidad de someter el proyecto de ley a una comisión especial. La idea tampoco tuvo éxito, por lo que decidió aprobarlo y elevarlo al Senado.

Al pasar el proyecto a examen por parte de la Cámara de Senadores, la discusión no torno en cuanto al contenido del código civil, ya que la mayoría lo desconocía, si no que versaba sobre cuestiones políticas. El senador Oroño propugno los ideales tomados de Alberdi, y se manifestó en contra de un código nacional, solicitando que debían tomar parte de este debate todos los hombres entendidos. Con su oratoria renegaba expresamente sobre la contemplación de instituciones añejas y el nombramiento de un codificador sin consultores, tarea que debió recaer en un principio en el Congreso. Martínez Paz nos dice en su libro "Dalmasio Vélez Sarsfield y el código civil argentino" que *"el verdadero agravio que el senador Oroño procuraba reparar, consistía en que el código de Vélez aceptaba la institución del matrimonio religioso, contra la cual había luchado aquel"*³⁴⁶. Los señores Navarro y Colodrero se alzaron ante esta petición y propugnaron por una sanción inmediata del proyecto tal cual se encontraba.

Con la entrega del último libro, Vélez propuso dos alternativas para que su obra terminada comenzara a tener vigencia. Una consistía en someterla a una revisión, la cual tendría que ser en forma minuciosa, artículo por artículo. La otra consistía en darle inmediata vigencia, pero garantizando la posibilidad de una futura reforma producto de la necesidad que ocasionaría los cambios constantes en la sociedad.

Bartolomé Mitre puso un punto final a la cuestión y considero que *"no se podía declamar más contra la codificación uniforme, ya que estaba mandada por un precepto constitucional; ni había que pedir mas ciencia, en una materia que nada queda que inventar..."* *"... el día que este código se sancione por el congreso, ese será el día en que las provincias tendrán una regla uniforme... si después de dictada esta regla uniforme no estarán los estados, en su capacidad de*

³⁴⁶ MARTINEZ PAZ, ENRIQUE. "Dalmacio Vélez Sársfield y el código civil argentino". Pág 150 (ver cita completa en Bibliografía)

*soberanos, habilitados para reformar todas y cada una de las partes del código civil según sus necesidades crecientes*³⁴⁷.

Finalmente, bajo la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento, el código fue sancionado “a libro cerrado”, comenzando su vigencia a partir del día primero de enero de 1871. La aceptación fue generalizada, lo cual refleja el respeto que se tuvo por las autonomías provinciales.

2. Repercusiones en torno a la sanción del Código Civil Argentino

La sanción, y posterior entrada en vigencia del código civil de Vélez, despertó el espíritu crítico de la doctrina nacional e internacional. A continuación expondremos la opinión acerca de la obra de los doctores Enrique Martínez Paz y Alfredo Colmo, no sin antes hacer una referencia a personajes nacionales y tratadistas internacionales que también se sumaron al debate.

Eduardo Espindola, junto con su hijo, consideran que la obra de Vélez no fue para nada innovadora, y citan en su libro “Tratado de direito civil brasileiro” las palabras del redactor del código civil de allí Clovis Bevilacqua: “*el código civil argentino es una simplificación del esbozo de Freitas, pero con transcripciones, más o menos literales, de capítulos enteros*”³⁴⁸. Los tratadistas expresan que Vélez públicamente reconoció la inspiración en Freitas, tal como lo demuestra la nota al Ministro de Justicia Eduardo Costo, donde, además de mencionar al proyecto de código civil español y al código chileno, cita expresamente al juriconsulto brasileño, manifestando que se sirvió de un gran número de disposiciones allí plasmadas y, no solo eso, reconoce también haber adoptado su método, el cual fue implementado en la obra “recopilación de las leyes del Brasil”.

El Dr. Raymundo Miguel Salvat, por su parte, realizó una crítica al código civil en cuanto al tema que nos convoca (nasciturus), manifestando que “*el sistema de nuestro código, encuanto reconoce al hijo concebido el carácter de*

³⁴⁷ MARTINEZ PAZ, ENRIQUE. “Dalmacio Vélez Sarsfield y el código civil argentino”. Pág 150 y 151 (ver cita completa en Bibliografía).

³⁴⁸ BEVILAQUA, CLOVIS “Defensa del proyecto de código civil brasileño”. 1906. Pág. 204, en ESPINDOLA, EDUARDO Y ESPINDOLA, EDUARDO HIJO. “Tratado de direito civil brasileiro”. Vol II. Pág 402 (ver cita completa en Bibliografía).

persona, no está de acuerdo con la realidad de los hechos. En el orden natural, una persona supone una individualidad distinta de las demás, con vida propia e independiente. El ser humano, mientras permanece en el seno materno, no reúne estos requisitos; orgánicamente no es sino una entraña de la madre, un feto que vive y se nutre a expensas de ella; la vida y las funciones fisiológicas del embrión, están íntimamente ligadas a las del organismo materno, cualquier alteración en esterepercute sobre aquel. En estas condiciones ha sido un error considerarlo como una persona real ya existente”³⁴⁹.

Otro gran crítico del código civil argentino, fue Jorge Cabral Texo, quien consideró un despropósito el haber prescindido de los antecedentes jurídicos argentinos a la hora de conformar el primer código que finalmente terminaría rigiéndolos. Considera que *“los trozos de derecho argentino han permanecido, como algo inculto, olvidados y dispersos. La tarea de compilación hoy emprendida, aunque por desgracia en forma incompleta, tiende a la nacionalización de nuestro derecho argentino”³⁵⁰*. El jurista sostiene que Vélez tuvo una expresa actitud de desprecio hacia el derecho local al comunicarle al Ministro de Justicia sus dificultades para encarar la obra, justificando que *“nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislación original, nacida con la Nación, y que con ella crecía...Cuando el emperador Justiniano hubo de legislar para pueblos nuevos, después de la creación del imperio de Oriente, formó el Digesto de una parte de la literatura del derecho, convirtiendo en leyes los textos de los grandes jurisconsultos”³⁵¹*.

Cabral Texo está convencido que la omisión de las fuentes por parte de Vélez fue adrede. Sin embargo, considera que, aunque no reconocidos, los precedentes jurídicos nacionales han sido utilizados. Consciente de que esta hipótesis resulta de imposible comprobación, ya que no se puede indagar en la

³⁴⁹ SALVAT, RAYMUNDO MIGUEL *“Tratado de derecho civil argentino parte general”* 1917. Pág 83, en ESPINDOLA, EDUARDO Y ESPINDOLA, EDUARDO HIJO. *Tratado de direito civil brasileiro*. Vol X”. Pág 414 (ver cita completa en Bibliografía).

³⁵⁰ CABRAL TEXO JORGE. *“Fuentes nacionales del código civil argentino”*. Pág 9 (ver cita completa en Bibliografía).

³⁵¹ MARTINEZ PAZ, Enrique – RUIZ GUÑAZÚ, Enrique. *“Dalmacio Vélez Sársfield: Político y jurista”*. Nota de remisión del proyecto del código civil. Buenos Aires. 21 de junio de 1865. Pág 168 (ver cita completa en Bibliografía).

mentalidad interna de un sujeto, el autor conjetura una serie de causales que justificarían tal conjetura:

1. Vélez, con formación basada en las ciencias jurídicas clásica, según educación obtenida en el Colegio Nacional del Monserrat y en la Universidad Nacional de Córdoba, podría haber concebido como única fuente del derecho a la ley, por lo que con la intención de acabar con las concepciones impuestas, centro la justificación de la mayoría de sus citas evitando la mención de antecedentes legales, aun en el caso de haberlos utilizado.

2. Con una visión proyectista, pudo comprender que si fundaba su proyecto en localismos y tradiciones de un estado nuevo, fácilmente se lo tildaría de código culturalmente inferior a cualquier otro estado, ya que para su formación se habían desestimado la labor doctrinal de civilistas que se encontraban a la vanguardia en cuanto a adelantos científicos.

Por último, nos referiremos brevemente a los ataques suscitados por el Dr. Alberdi, a quien Martínez Paz según nos relata en su libro “Dalmasio Vélez Sarsfield y el código civil argentino”, puede resumir las críticas al código y labor de su codificador en el siguiente listado:

1 Haber redactado un código, cuando la ciencia rechaza ese sistema de legislar.

2 Olvidarse de los principios democráticos que suponen la sanción de un cuerpo normativo, por lo cual se vuelve una legislación sin credo social.

3 La separación en cuanto al método, de lo establecido en el código francés.

4 Haber otorgado a la iglesia ciertas materias civiles

5 Desconocer los antecedentes legislativos nacionales al citar las fuentes

6 No considerar los intereses económicos del país, desde el punto de vista de la inmigración

7 El código sancionado no representa a las provincias constituyendo una imposición de la capital y se manifiesta como una traición a la patria, al imponer instituciones brasileñas producto de la copia de su normativa.

Las refutaciones a estos cuestionamientos, se van a revelar en los próximos puntos de la obra.

a) La metodología del código según Alfredo Colmo

Vélez Sarsfield se vio particularmente preocupado a cerca de la forma de abordar la cuestión de la metodología a utilizar para realizar el proyecto de código civil argentino. Para el codificador significó un estudio no sólo de contenido sino también de técnica legislativa, tomando las fuentes jurídicas de las que disponía para inspirarse en ambas cuestiones. No encontraba la forma de abordar una distribución racional de la materia a codificar.

Luego de estudio y análisis, resolvió apartarse del método que proponía Justiniano en sus Institutas y el propuesto por Napoleón en su código civil para Francia. Optó finalmente por la propuesta del jurisconsulto brasileño Augusto Texeira de Freitas, y se manifestó diciendo: *“Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasileño (Freitas) en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas”*³⁵².

Alfredo Colmo opino sobre esto, y manifestó que Vélez no siguió del todo a Freitas, lo cual queda de manifiesto en la estructura que selecciono cada uno de ellos para sus códigos.

Código civil argentino:

TITULOS PRELIMINARES

TITULO 1: DE LAS LEYES

TITULO 2: DEL MODO DE CONTAR LOS INTERVALOS DEL DERECHO

³⁵² CHÁNETON, ABEL. “La historia de Vélez Sarsfield”. Pág 442. (ver cita completa en Bibliografía).

LIBRO PRIMERO: DE LAS PERSONAS

SECCIÓN PRIMERA: DE LAS PERSONAS EN GENERAL

SECCIÓN SEGUNDA: DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

LIBRO SEGUNDO: DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES CIVILES

SECCIÓN PRIMERA

PARTE PRIMERA: DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

PARTE SEGUNDA: EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN SEGUNDA: DE LOS HECHOS Y ACTOS JURIDICOS QUE PRODUCEN LA ADQUISICION, MODIFICACION, TRANSFERENCIA O EXTINCION DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES.

SECCIÓN TERCERA: DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS CONTRATOS

LIBRO TERCERO: DE LOS DERECHOS REALES

LIBRO CUARTO: DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES. DISPOSICIONES COMUNES

TITULO PRELIMINAR: DE LA TRANSMISION DE LOS DERECHOS EN GENERAL

-SECCIÓN PRIMERA: DE LA TRANSMISION DE LOS DERECHOS POR MUERTE DE LAS PERSONAS A QUIEN CORRESPONDIAN

-SECCIÓN SEGUNDA: CONCURRENCIA DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES CONTRA LOS BIENES DEL DEUDOR COMUN.

TITULO COMPLEMENTARIO: DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES CIVILES

Proyecto de Código Civil Brasileño

TITULO PRELIMINAR: LUGAR Y TIEMPO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS

PARTE GENERAL

LIBRO 1: ELEMENTOS DEL DERECHO

(PERSONAS, COSAS, HECHOS)

PARTE ESPECIAL

LIBRO 2: DERECHOS PERSONALES

- EN GENERAL: OBLIGACIONES, EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

- EN LAS RELACIONES DE FAMILIA: MATRIMONIO, PATERNIDAD, PARENTESCO, ADOPCION, TUTELA, CURATELA

- EN LAS RELACIONES CIVILES: CONTRATOS, ACTOS LICITOS QUE NO SON CONTRATOS, ACTOS INVOLUNTARIOS, HECHOS QUE NO SON ACTOS, ACTOS ILICITOS,

LIBRO 3: DERECHOS REALES

- EN GENERAL: NATURALEZA, POSESION, EFECTOS, EXTINCION,

- SOBRE COSA PROPIA. DOMINIO, CONDOMINIO

- SOBRE COSA AJENA: USUFRUCTO, SERVIDUMBRE, ETC

Colmo busca demostrar con esto, que el codificador no siguió el método de Freitas, ni en forma similar ni en sentido general. En lugar de sacar provecho a al método implementado, terminó por desmejorarlo. Concluye que lo que Vélez

tomo del juriconsulto brasileño, en cuanto a metodología del contenido, se limita a distinguir las obligaciones de los contratos y varias denominaciones que fueron implementadas por Texeira de Freitas, como “fin de la existencia de las personas”, “obligaciones con relación al objeto”, etc.

Alfredo Colmo estaba convencido que el hecho de intentar seguir una metodología extraña, generó en Vélez un estado de incertidumbre y confusión sobre como continuar la obra abandonada por Freitas. Considera que el error del codificador argentino radicó en comenzar la labor legislativa sin tener un concreto manejo de las cuestiones de fondo que debían integrar el código, por lo cual lo termino sobrecargando de conceptos doctrinarios para justificar su ubicación.

Sin embargo, el autor considera que sus críticas son minuciosas y obedecen al afán de encontrar la perfección de las obras analizadas. Lo cierto es, que termina concluyendo en que a pesar de las fallas remarcadas en cuanto a cuestiones metodológicas, la obra de Vélez es buena, incluso superior a la metodología utilizada en el código francés. Lo criticable de la cuestión en sí es que el legislador argentino tomo un método que, de conocimiento público, ya había sido desestimado por su creador, quien ya había ideado otro de mayor complejidad.

Un sector de la doctrina, defensora del código civil argentino, cuestionó los argumentos del Dr. Alfredo Colmo, afirmando que no existe posibilidad material para determinar si el nuevo método propuesto por el codificador brasileño iba a ser superior al creado originariamente para el “Esbozo”. Respecto al excesivo uso de doctrina, por parte de Vélez, en la codificación, opinan que fue necesario, no solo para justificar el método, si no para legislar cuestiones de fondo.

Otra crítica que esgrimió Colmo, consiste en reprochar al codificador argentino que los antecedentes nacionales no se encuentran referenciados en ninguna parte del código, lo que originó una contestación por parte del Dr. Cháneton. El mismo consideraba que Argentina al independizarse en 1816 debió seguir bajo el imperio de las leyes españolas, con la finalidad de mantener el orden social hasta que se sancione un nuevo orden legislativo propio y hegemónico. Las leyes españolas por tanto formaron parte de la legislación

argentina, y las mismas se encuentran citadas a lo largo de todo el cuerpo normativo. Continúa su defensa esgrimiendo que si a lo que se refiere el Dr. Colmo es a las primeras legislaciones nacionales propias, él mismo expreso que *“nuestras tradiciones jurídicas: si cabían en el hueco de una sola mano... tan pocas eran tan corta duración contaban y tan escasamente se habían infiltrado en la conciencia del pueblo”*³⁵³

b) El análisis de Enrique Martínez Paz

Este autor es acreedor de una vasta cantidad de bibliografía destinada a reflexionar sobre el código civil argentino y la vida de su codificador, Dr. Dalmasio Vélez Sarsfield. En sus trabajos refleja la admiración que sentía por el juriconsulto y la obra que éste había creado, por lo cual existen innumerables trabajos académicos destinados a la defensa de su obra.

Una de las cuestiones que analizó respecto a la labor legislativa de Vélez, fue la cuestión del tratamiento que éste hace de las fuentes. Cháneton apoya a Martínez Paz cuando éste último afirma que Vélez *“no había olvidado los antecedentes jurídicos de la nación que el conocía como maestro”* y *“que el código civil ha continuado la tradición jurídica del país”*³⁵⁴.

El tratadista analiza la cuestión de los antecedentes civiles nacionales, estableciendo una clasificación en tres grandes grupos: derecho metropolitano, derecho indiano y derecho intermedio.

El derecho metropolitano está conformado por el cumulo de normas provenientes de Castilla. Entre ellas podemos mencionar las siguientes legislaciones: el Ordenamiento de Alcalá, el Fuero Juzgo del siglo XII, el Fuero Real de 1255, las Leyes de Toro de 1505, la Nueva Recopilación de 1567, La Novísima de 1805 y las Siete Partidas, las cuales constituyeron, ya sea en sus normas, ya sea en sus doctrinas, a la formación del derecho español que se encontraba en dominio y gobernación de América. De forma complementaria regían en la península el derecho canónico y el derecho romano.

³⁵³ CHANETON, Abel. **“Historia de Vélez Sársfield”**. Pág 415. (ver cita completa en Bibliografía).

³⁵⁴ CHANETON, Abel. **“Historia de Vélez Sársfield”**. Pág 415.

El derecho indiano, es el compuesto por las disposiciones emitidas a los fines de regir las relaciones jurídicas que se manifestaban sobre “Las Indias”. Entre ellas encontramos la Recopilación de las leyes indias de 1680, la cual constaba de más de seis mil artículos referentes a cuestiones de derecho colonial, organización política, materia religiosa y moral, etc. Se suman a ellas las sentencias, provisiones, cédulas y pragmáticas reales. Cabral Texo en su libro “introducción al derecho” destaca que muchos suelen utilizar como sinónimos “derecho indiano” y “derecho colonial”. Esto es un error, ya que las tierras argentinas jamás fueron colonias españolas. Castilla penetra en el dominio de sus territorios vecinos, con fines expansivos, y América fue una región más dominada por un reino que no existía con la entidad jurídica y política necesaria en la época como para poder establecer colonias. España comenzó a existir como estado, mucho tiempo después.

Por último, el derecho intermedio es aquel originado en las leyes propias de la nación sobre cuestiones civiles, que se originaron entre la declaración de independencia de 1816 y la sanción del primer código civil argentino. Son los primeros pasos de legislación, en general referidos a instituciones particulares, tendientes a afirmar principios que se iban acordando rudimentariamente entre los nacionales. Entre ellos encontramos como ejemplo al código de comercio de la provincia de Buenos Aires de 1856.

Este último grupo de normativas, fomentaba el nacionalismo pero Martínez Paz nos advierte que esto no significa que refleje un derecho autóctono impregnado de tradicionalismo local, si no que se manifiesta como una oposición a las ideas impuestas por el derecho romano o canónico. Para reforzar esta idea afirma que *“habría sido preciso que Vélez careciera de toda sensibilidad histórica para que se hubiera limitado a codificar las leyes romanas o españolas o para que se limitara a buscar en nuestras costumbres primitivas y oscuras los principios que debía desarrollar para aplicarlos a un pueblo que aspiraba a vivir al tono de la cultura superior de su siglo”*. Esto de ninguna forma supone afirmar que el codificador argentino haya menospreciado al derecho intermedio. El hecho que no las nombre expresamente es parte de una estrategia cognoscitiva, ya que ellas se

presuponen conocidas, incorporadas y representativas de una ideología propia, por lo que no cabría razón para redundar en su reconocimiento.

Cabral Texo, en su libro “fuentes nacionales del código civil argentino”, cita una reflexión del Dr. Martínez Paz, hacia ciertas críticas de Alberdi, que es loable destacar: *“El doctor Vélez no había olvidado, sin embargo, los antecedentes jurídicos de la nación que el conocía como maestro, ni trató jamás de introducir una legislación exótica que viniera a crear las relaciones jurídicas que pretendía reglar. Quien se haya detenido alguna vez a leer las notas que acompañan los artículos del código, podrá atestiguar con cuanta frecuencia se cita en ellas toda la legislación vigente en América, unas veces para justificar su derogación, otras para afirma la necesidad de su imperio siguiendo los consejos de la experiencia”*³⁵⁵

A los fines de dar cierre a lo manifestado por el Dr. Martínez Paz, nos referiremos a sus consideraciones acerca del método utilizado en el código civil argentino.

El jurista destaca la importancia de la utilización del método, manifestando que *“una obra...que no esta destinada a conmover el sentimiento, si no que se dirige a la inteligencia y a la razón, no puede resultar eficaz si no se ofrece como una unidad en la que las diversas partes componentes concurren según un orden establecido, y si su desarrollo no aparece ser la obra precisa del arte, en la expresión y en la doctrina. Encuentro, por eso, muy justificado que la cuestión del método haya preocupado la atención del codificador y le haya exigido estudios y meditaciones especiales”*³⁵⁶.

Martínez paz destaca el apartamiento de Vélez de los métodos tradicionales dados por las Institutas de Justiniano, que establecía una división tripartita respecto a la materia civil ya que, según considera, todo derecho se refiere a las personas, cosas y acciones. Tal división no tiene valor metódico, ya que torna incompleta la obra y la vuelve ineficiente. También se aparta del código

³⁵⁵ CABRAL TEXO, Jorge. “Fuentes nacionales del código civil argentino”. Pág. 257. (ver cita completa en Bibliografía).

³⁵⁶ MARTINEZ PAZ, Enrique. “Método del código” Pág. 1 (ver cita completa en Bibliografía).

francés, introduciendo la modificación en cuanto a la adquisición de inmuebles, e impidiendo que la transmisión de los mismos se haga únicamente por contrato, haciendo exigible el cumplimiento de la tradición. Derechos reales y personales quedaban confundidos por lo que era imposible aplicar su método legislativo.

Es por ello que Vélez debió de buscar otro método alternativo, y en esa búsqueda fue que dio con Texeira de Freitas, quien considero que *“un método científico debe surgir de la naturaleza de las cosas, del carácter permanente de las relaciones jurídicas; bajo este aspecto, ni las personas, ni las cosas, ni menos las acciones pueden dar base a una clasificación, porque ellas no se refieren en realidad a los derechos, son los elementos de los mismos, que concurren en todas las relaciones jurídicas; para el derecho no hay cosas si no en relación a las personas y la acción no es mas que el mismo derecho cuyo cumplimiento se exige. De modo que en este último análisis, toda relación jurídica crea un derecho o se refiere a él.”*³⁵⁷

c) La reforma de la ley N°17.711

Si bien desde la sanción del Código Civil Argentino se han presentado varios proyectos tendientes a su reforma, sustitución e incluso unificación con el código de comercio, el mismo actualmente sólo registra una única reforma de índole parcial, la cual se introduce mediante la sanción de la ley N° 17711 del 22 de abril de 1968.

La pretensión de todo sistema jurídico racional consiste en que las disposiciones que rigen la vida de las personas se reúnan de forma estable en un cuerpo normativo que brinde seguridad jurídica a todos aquellos sometidos a él. Sin embargo la sociedad siempre esta sujeta a cambios de índole sociales, políticos y económicos que hacen surgir la necesidad de su revisión y adecuación a las circunstancias actuales.

Por ello, la reforma de la ley 17.711, fue producto de una revisión al código civil, dispuesta por la Secretaria de Estado de Justicia, quien designó a Dalmiro A.

³⁵⁷ MARTINEZ PAZ, Enrique. “Método del código” Pág. 6. (ver cita completa en Bibliografía).

Alsina Atienza (posterior renuncia), José F. Bidau, Guillermo A. Borda (posterior renuncia), Abel M. Fleitas, José M. López Olaciregui (posterior renuncia), Roberto Martínez Ruíz y Alberto G. Spota (posterior renuncia). El código presentaba una estabilidad que le daba solidez al ordenamiento jurídico nacional, pero los cambios sociales, económicos y políticos que había experimentado Argentina, demandaban una adecuación a los fines de fortalecer los ideales e intereses forjados a los fines del fortalecimiento del estado. Argentina

La reforma consistió en la sanción de ocho artículos, que modificaron y derogaron una parte, aunque ínfima, de los 4051 artículos originales y leyes complementarias. Sin embargo, las modificaciones introducidas supusieron un gran cambio jurídico.

Como todo cambio, esta reforma no contó con la aceptación unánime de los juristas, lo que naturalmente suscitó críticas por parte de la doctrina. Centrándonos en la temática del *nasciturus*, Andorno y Garrido al analizar la reforma introducida por la ley en cuestión, critican la forma en la que se modificó el artículo 57.

El mismo originariamente disponía que:

“Son representantes de los incapaces:

- 1. De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre*
- 2. De los menores impúberes o adultos, sus tutores*
- 3. De los dementes. Sordo-mudos o ausentes, sus padres, y a falta o incapacidad de estos los curadores que se les nombre*
- 4 De las mujeres casadas, sus maridos”*

Mediante la reforma de la ley 17711 queda establecido el texto de la siguiente manera:

“Son representantes de los incapaces:

- 1. De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre*
- 2. De los menores no emancipados, sus padres o tutores*
- 3. De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre”*

Los autores mencionados consideran que el inciso primero debió también ser reformulado. Tratándose la temática de personas por nacer, no puede utilizarse la expresión “y a falta o incapacidad de estos” para referirse a los padres, ya que si bien el padre puede o no faltar, la madre no podrá hacerlo, puesto que penden del mismo hilo la vida del nasciturus y la de su progenitora. En concordancia con el Anteproyecto de Biliboni y el Proyecto de 1936, los mencionados comentaristas de la ley proponen la eliminación definitiva del supuesto de la falta de padres.

Cabe destacar que prácticamente no se modificó ninguna disposición atinente a la persona por nacer. Esto es debido a la excelente labor legislativa que realizó el codificador Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, el cual supo combinar la normativa y principios jurídicos imperantes, con una sociedad que iba madurando y consolidando sus ideales. Respecto a las instituciones modificadas, diremos que pese a las críticas generadas en su momento, con el transcurso del tiempo se vio la aceptación de una nación que se vio reflejada en las nuevas leyes, con lo que pudo demostrarse el avance legislativo que ella supuso.

3. Bibliografía

* Andorno, Luis y Garrido, Roque. “**Reformas al código civil: ley 17.711 comentada**”. Ed Víctor P. de Zavalía. Argentina, Buenos Aires. 1971

* Bonaparte, Napoleón. “**Código Napoleón**”. Año 1807. En <http://es.scribd.com/doc/60431583/Codigo-Napoleon-1807>

* Cabral Texo, Jorge. “**Curso de introducción al derecho**”. Ed Talleres S A Casa Jacobo Peuser Ltda. Argentina, Buenos Aires. 1936

* Cabral Texo, Jorge. “**Fuentes nacionales del Código Civil Argentino**”. Ed Jesús Menéndez Librero. Argentina, Buenos Aires. 1919

* Catalano, Pierangelo. “**Diritto e persone I**”. Ed G Giappichelli Editore. Italia, Torino. 1990

* Cháneton, Abel. “**Historia de Vélez Sarsfield**”. Ed Universitaria de Buenos Aires. Argentina, Capital Federal. 1969

* Colmo, Alfredo. **“Técnica legislativa del Código Civil Argentino”** 2ª Edición. Ed Abeledo Perrot. Argentina, Buenos Aires. 1961

* Espinola Eduardo y Espinola Eduardo hijo. **“Tratado de direito civil brasileiro: Do sujeito dos direitos subjetivos e, em particular, das pessoas naturais”** Vol X. Ed Livraria editora Freitas Bastos. Brasil, São Paulo. 1941

* Espinola Eduardo y Espinola Eduardo hijo. **“Tratado de direito civil brasileiro: Da lei e da sua obrigatoriedade do direito intertemporal”** Vol II. Ed Livraria editora Freitas Bastos. Brasil, São Paulo. 1939

* http://es.wikipedia.org/wiki/Surgimiento_de_la_Argentina_moderna

* Ley N°1 7711 - 22/04/1968

* LLambías, Jorge Joaquín. **“Estudio de la reforma del código civil: ley 17.711”**. Ed Revista de jurisprudencia argentina. Argentina, Buenos Aires. 1969

* Martínez Paz, Enrique – Ruiz Guñazú, Enrique. **“Dalmasio Vélez Sarsfield: Político y jurista”**. Ed América Unida. Argentina, Buenos Aires. 1927

* Martínez Paz, Enrique. **“Dalmasio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino”**. Ed Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina, Córdoba. 2000

* Martínez Paz, Enrique. **“El espíritu de la legislación civil”**. Ed Imprenta La Universidad. Argentina, Córdoba. 1927

* Martínez Paz, Enrique. **“Freitas y su influencia sobre el Código Civil Argentino”**. Ed Imprenta La Universidad. Argentina, Córdoba. 1927

* Martínez Paz, Enrique. **“Introducción al estudio del derecho civil comparado”**. Ed Imprenta La Universidad. Argentina, Córdoba. 1934

* Martínez Paz, Enrique. **“Método del Código”**. Ed Universidad Nacional de Córdoba. Argentina, Córdoba. 1965

* Teixeira de Freitas, Augusto. **“Esboço de un Código Civil para o Brasil”** Vol I. Brasil, Rio de Janeiro. 1860

* Varela, Luis V. **“Código Civil: Proyecto de A T de Freitas”** Tomo I. Ed Revista Nacional Casa Editora. Argentina, Buenos Aires. 1901

* Vélez Sársfield, Dalmacio. **Nota “Al señor Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública”**. En Memoria del departamento de Ministro de Justicia, Culto e Instrucción al Congreso Nacional. Anexos de la sección Justicia. Año 1865. 25 de octubre de 1864

L) ENCUENTROS, JORNADAS Y PROYECTOS DE NUEVOS CODIGOS CIVILES PARA LA ARGENTINA³⁵⁸

Ante la fuerte convicción que los principios romanos han brindado influencia y sostén a las principales legislaciones latinoamericanas y en especial la argentina; y considerando que la pervivencia del mismo en la normativa y jurisprudencia de nuestro país ha demostrado que ambas contemplan los principios rectores del Derecho Romano en la protección del concebido en cuanto a la consideración del más débil, nos permite reafirmar una vez más, que el Derecho Argentino mantiene vigente los mencionados los principios que Roma nos ha legado. Es por ello que hemos realizado una revisión de los encuentros, jornadas, congresos, proyectos de ley que se han dado en los últimos ochenta años para intentar reflejar en ellos las diferentes posturas y las tendencias frente al concepto del “nasciturus”.

Asimismo hemos seleccionado algunos juristas argentinos relevantes, cuyas opiniones han marcado hitos en la nuestra doctrina.

1. Encuentros y Jornadas

a) Encuentros Nacionales de Derecho Romano – Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano

En el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, organizado por la Universidad de Buenos Aires, en colaboración con el Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano, la Secretaría General Permanente para la Organización de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano, la Sezione di Roma 'Giorgio La Pisa' del Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, Università di Roma “La Sapienza” y el Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano, en setiembre de 2004, uno

³⁵⁸ Por las profesoras Marisa Domínguez y Graciela Liliana Fernández.

de los temas propuesto fue la “Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea”.³⁵⁹

Entre las ponencias se destaca la del Prof. de Derecho Romano José Carlos Costa, en la que hace un análisis de la vigencia de los Principios rectores del Derecho Romano en la legislación y jurisprudencia argentina en cuanto a la protección del concebido. Nos dice que: *“La jurisprudencia clásica, fiel a su estilo, no elabora al respecto una “teoría general de la persona” sino que mediante solución a casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene inicio en la concepción y no en el nacimiento. Este Tema ha sido tratado extensamente en temas investigados al comienzo de este trabajo, por lo que a ellos me remito. Para finalizar el Dr. Costa concluye que: “...partiendo de la consideración del momento del nacimiento los juristas romanos comienzan a integrar la indefensión del concebido hasta equiparlo al ya nacido. Esto implica la creación y sustento del principio moderno contemplado en numerosas legislaciones que la concepción en el seno materno da inicio a la persona como tal bajo la condición que nazca con vida”. Esta ponencia fue profundizada en el XVII Congreso latinoamericano de Derecho Romano, realizado en Lima, Perú, en julio de 2011, donde fue tratada dentro del Tema central: “Protección del concebido en el Derecho Romano y los Derechos Indígenas”*

También cabe mencionar otra de las Ponencias presentadas al mencionado XIV Congreso titulada: “Situación Jurídica del Nasciturus: en el Derecho Romano y en la legislación Argentina”, de los Profesores de Derecho Romano Mirta Keegan y Andrés Guillén que en sus conclusiones nos expresan con acierto que: *“La vida es un bien jurídico tutelado por el derecho dado que no puede considerarse al nasciturus solo como una viscera de su madre, sino que tiene una vida intrauterina absolutamente diferenciada de la de su madre y que goza de los derechos, sobre todo al de vivir. Desde el instante en que el óvulo es fecundado, principia una nueva vida que no le pertenece a los progenitores, pues se trata de un ser nuevo que continua su desarrollo por si mismo”.*

³⁵⁹ Revistas de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina.
Pagina Web.(Ver cita completa en Bibliografía)

La Constitución Nacional no contiene una referencia expresa al derecho a la vida, sino que el mismo surge como implícito del artículo 33 y aunque no quisiéramos extraerlo de dicha norma, se encuentra contenida en el Pacto de San José de Costa Rica como vimos anteriormente.

Por lo expuesto no estamos de acuerdo que en el Derecho Romano se privara al *nasciturus* de su *status* de persona, siendo más bien que se tratara de una persona con incapacidad de hecho, ni que se considerasen sus derechos como una ficción sino que poseía y posee todos los Derechos Humanos, comenzando por el primordial y personalísimo Derecho a la Vida, tal como lo establece la convención sobre los Derechos del Niño, desde el instante mismo de la concepción.

En el XX Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, realizado en Paraná, Entre Ríos, en mayo de 2011, rescatamos la ponencia de la Profesora de Derecho Romano Susana Strada, la que fuera presentada en el XV Congreso latinoamericano de Derecho Romano, titulada: “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” y que expresa: “*Nuestro insigne Vélez Sársfield ya en 1869 había reconocido el rango jurídico de persona “al concebido” en el artículo 70 del código*”. El coraje puesto en evidencia por tamaña afirmación —a pesar de no contar con los avances tecnológicos que hoy existen en la biología y la medicina— lo colocó a la vanguardia de los ordenamientos jurídicos de la época, más preocupados por regular los temas de naturaleza patrimonial. Conforme el precitado artículo, la existencia de la persona “comienza con la concepción en el seno materno [...]”. En esta postura ha ejercido considerable influencia el jurista brasileño Augusto T. de Freitas, a través de su Esboco, en el que afirma que la existencia de las personas comienza, no con el nacimiento, sino con la concepción. Para ello tomó como antecedente el Código de Prusia que había considerado que los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos aún no nacidos desde el momento de su concepción. Pero la fuente primigenia de esta postura es romana, fundada en el principio “*pro iam nato habetur*” que nutrió la moderna doctrina opuesta al sistema llamado tradicional.

b) Congresos Nacionales de Derecho Civil

En la investigación realizada hemos comprobado que en los Congresos Nacionales de Derecho Civil realizados en nuestro país desde el Primer Congreso en 1927, el Segundo en 1937, el Tercero en 1961, el Cuarto en 1969 y el Quinto y más reciente en el 2009, no ha sido mencionado el nasciturus como tema central de los mismos.³⁶⁰

c) Jornadas Nacionales de Derecho Civil

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas a través de las distintas Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales y Católicas del país desde el año 1963 al 2011, ha sido tratado este tema en algunas de ellas con un interés muy particular.

En las XIII Jornadas, en la Universidad Notarial Argentina, en Buenos Aires, en el año 1991, en uno de sus temas se dijo que: *“Respecto del comienzo de la existencia de la persona humana como sujeto de derecho, se afirmaba que él tiene lugar con la concepción, pese a que existe una interpretación tradicional basada en textos aislados, según la cual ese comienzo se fijaría en el momento del nacimiento. En nuestro CC, Vélez, en conocimiento de ambas posturas; la primera defendida por Freitas, y la segunda principalmente por Savigny, se decidió por aquélla, que viene a representar el verdadero concepto romano acerca de este punto, es decir que, la existencia de la persona física comienza con la concepción del “nasciturus” en el seno materno.”*

En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Nacional de Buenos Aires y la Universidad Católica Argentina, en el año 1997, en sus conclusiones se determinó en la Comisión 5: Derecho de Familia- La Protección de los Menores en la C.N., en el Núcleo Temático 3 de las conclusiones: “Protección de las persona por nacer”, que: *“Desde el momento de*

³⁶⁰ Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 1927-2003. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (Ver cita completa en Bibliografía)

la concepción intra o extra uterina comienza la existencia de las personas...”.

Asimismo en la Comisión 9, Despacho A: Interdisciplinario Bioética y Derecho Civil que: “Corresponde precisar que hay concepción desde que el espermatozoide penetra en el óvulo. En consecuencia, debe reformularse el art. 70 CC., en el sentido de que la existencia de las personas comienza desde la concepción e igualmente el art. 63 CC: son personas por nacer las que estando concebidas, aún no han nacido. En el Despacho B de la mencionada Comisión se dijo que, entre otros puntos: *“La vida humana debe ser tutelada por el Derecho desde su inicio”*.

En las XVIII Jornadas, realizadas en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires en setiembre del año 2001, se trató en la Comisión 9 de Derecho Romano: Estatuto de la Persona y se recomendó que como: *“Según el Derecho Romano, la vida de la persona comienza con la concepción, razón por la cual el nasciturus (concebido) resultaba protegido, en cuanto a su vida, sus bienes y sus derechos por un curador (curator ventris nomine) y que dada la problemática que se presenta en nuestros días con los embriones conservados, se aplicara un instituto similar respecto de aquellos concebidos que permanecen en tal estado, mediante la designación de un curador con funciones semejantes a las del derecho romano”*.

Durante las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad de Rosario y la Universidad Católica Argentina, en la ciudad de Rosario, en el 2005, en la Comisión 1: Parte General, trató el tema del Comienzo de la existencia de la Persona Humana y en el título II de las Conclusiones se afirmó que: a) *La existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana.* b) *Hay que realizar una distinción entre el comienzo de la vida humana y el reconocimiento de la calidad de persona.*

El tema de la Persona Por Nacer, llamada “*nasciturus*”, por los romanos, no es un tema que pueda agotarse, al contrario toma actualidad cada vez más frente a los avances tecnológicos y científicos sobre la materia, los cuales serán tratados

en temas posteriores del trabajo. Solo hemos querido plasmar algunas de las opiniones vertidas en los Encuentros y Congresos de Derecho romano citados.

d) Bibliografía

- **Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 1927-2003. Jornadas Nacionales de Derecho Civil.** 1º Edición La Ley, Buenos Aires, 2005.
- Estrada, S., **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, Ed. ILLAC Facultad de Filosofía y Letras, UNT, Tucumán, 2008.
- Facultad de Derecho de la UBA, 2005. **XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.** 22 al 24 de setiembre de 2005, Comisión N° 1. Pág. [//www.revistapersona.com.ar/Persona/Jornadas/html](http://www.revistapersona.com.ar/Persona/Jornadas/html), 21 de agosto de 2012
- Facultad de Derecho de la Universidad de Lomas de Zamora. **XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.** [//www.casm.or.ar/nuevo/2007conclusioncivil.htm](http://www.casm.or.ar/nuevo/2007conclusioncivil.htm). Buenos Aires, Setiembre 2007
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, del 23 al 29 de setiembre de 2009. Tomo 1, Comisión n° 1. **XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.** Editorial Advocatus, set. 2009
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. **XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.** [//ideaconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias.htm](http://ideaconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias.htm), 21 de agosto de 2012
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 21 al 26 de mayo de 1927. **Primer**

- **Congreso Nacional de Derecho Civil.** Imprenta Universitaria. Córdoba, 1928.
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 2 al 6 de noviembre de 1937. **Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.** I Actas, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 9 al 14 de octubre de 1961. **Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.** Córdoba (RA) Imprenta Universitaria. Córdoba, 1962
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba **Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil.** 22 al 27 de setiembre de 1969. Córdoba (R. A.), 1971
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 23 al 29 de setiembre de 2009. **Quinto Congreso Nacional de Derecho Civil.** Córdoba, Editorial Advocatus, Setiembre de 2009
- **Encuentros de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina. Desde 1977 a 2013.** Revistas de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina.
- Pagina Web: [//sites.google.com/site/derechoromanoucc/xviii-encuentro-nacional-de-profesores-de-derecho-romano-de-la-republica-argentina-homenaje-al-dr-luis-rodolfo-arguello](https://sites.google.com/site/derechoromanoucc/xviii-encuentro-nacional-de-profesores-de-derecho-romano-de-la-republica-argentina-homenaje-al-dr-luis-rodolfo-arguello)

2. Proyectos de Código

a) Anteproyectos de Reforma (1936-1954-1987- 1988)

En el Anteproyecto Bibiloni del año 1936³⁶¹, en el Proyecto de 1954³⁶², del Dr. Jorge Joaquín Llambías y el Proyecto de Código Civil 1988, suprimen las definiciones de los artículos 30, 32 y 51 del Código Civil Argentino, aunque mantienen una teoría general de las personas. El fundamento fue que no definió la persona humana por ser esta un centro y un fin, por lo que prefirieron apoyarse en la noción que establece la constitución de 1853 con la reforma del año 1994

Por el contrario, el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación del año 1987, preserva la definición del art. 51, agregándole al texto que: *“Las personas de existencia visible son también en este código “personas físicas.”*

b) Proyectos de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (1993-1998)

La postura de nuestro ilustre Vélez Sársfield, plasmada en el código de 1869, ha sido salvaguardada en los posteriores proyectos de reforma al código de 1993 y 1998.

En el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Proyecto de 1993³⁶³, no se modifica la sección de la Persona, manteniendo el criterio de Vélez.

En el Proyecto de 1998³⁶⁴ se ha mantenido esta postura en el Libro Segundo: “De la Parte General”, Título I: “De la Persona Humana”, Capítulo I: “Comienzo de la existencia”, en su artículo 15 cuando nos dice: *“La existencia de las personas humanas comienza con la concepción ...”* (1º parte artículo 70 del Código Civil actual. Y en su artículo 17: Nacimiento

³⁶¹ Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino de Juan Antonio Bibiloni (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁶² Anteproyecto del Código Civil para la República Argentina de 1954, Dr. Jorge Joaquín Llambías. (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁶³ Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación (Ver cita completa en Bibliografía).

³⁶⁴ Anteproyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación (Ver cita completa en Bibliografía)

con vida: *"Los derechos y obligaciones que el concebido adquiere, quedan irrevocables si nace con vida"* (2º parte artículo 70 Código de Vélez)

c) Bibliografía

- **Anteproyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.** Versiones taquigráficas año 1998. Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.
- **Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino de Juan Antonio Bibiloni.** Tomo 1. (Proyecto 1936). Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929.
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Derecho Civil Comparado. **Anteproyecto del Código Civil para la República Argentina de 1954, Dr. Jorge Joaquín LLambías.** Libro Primero. Parte General. Sección Primera: De las Personas. Título: De las Personas Naturales. Editorial de la Universidad, 1968.
- **Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.** Año 1987. Separata del Código Civil. Zavalía Editor, marzo de 1988.
- **Unificación de la Legislación Civil y Comercio de la Nación,** Proyecto 1993. Cámara de Diputados a consideración del Senado. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1994.

M) LA DOCTRINA CIVILISTA ARGENTINA³⁶⁵

1. Los primeros exégetas del código civil argentino³⁶⁶

En el presente apartado realizaremos una lectura exhaustiva de los distintos juristas que nos interesan y sus propuestas conceptuales en materia de Derecho, respecto del tema del *nasciturus*, es decir, de la persona por nacer. Con esta finalidad estudiaremos los comentarios y los análisis interpretativos de Luis Varela, Lisandro Segovia, Baldomero Llerena y José Olegario Machado (distribuidos en ese orden dentro de la exposición). Se abordarán fragmentos de artículos y notas del Código Civil Argentino, concretamente los comprendidos en el Libro I, Título III “*De las personas por nacer*” (Artículos 63 al 69) y Título IV “*De la existencia de las personas antes del nacimiento*” (Artículos 70 al 78). Además, serán consideradas las fuentes de la obra de Vélez Sarsfield y la palabra de otros especialistas en el tema.

Asimismo, y con el objeto de organizar un esquema más afín con la asignatura, se realizará una síntesis de los aspectos considerados, desde el marco teórico del Derecho Privado. El análisis tenderá a explicitar los fundamentos del tema referido, de manera progresiva, y a permitir su reconocimiento en materia jurídica y su ubicación en nuestro Código Civil.

a) Concordancias y fundamentos del Código Civil Argentino, por Luis V. Varela

³⁶⁵ Por las profesoras Mariela Baldi, Marisa Domínguez y Graciela Liliana Fernández, y la profesora adscripta Helena Rosso.

³⁶⁶ Por la profesora adscripta Helena Rosso.

Comencemos con las personas por nacer, a las que el código define de esta manera: “*Son personas por nacer las que aun no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*”³⁶⁷

El jurista Luis V. Varela expresa en la obra de referencia “*el Doctor Vélez Sarsfield, ha puesto la siguiente nota á (sic) este artículo del Código:*

Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar. El artículo 22 del Código de Austria dice “Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho á (sic) la protección de las leyes, desde el momento de su concepción son considerados como nacidos toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero.” De modo equivalente lo sostienen el Código de Luisiana, en su artículo 29 y el de Prusia 1° parte título 1° artículo 10. Pero el Código de Chile en el artículo 74 expresa: “Que la existencia legal de toda persona principia al nacer”, si los que aún no han nacido no son personas ¿Por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?

En el Derecho Romano había acciones sobre este punto: Naciturus habetur pro nato. Naciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur, etc, etc. Se oponen á (sic) estos principios textos del Digesto”. Por otra parte Savigny los trata indicando que no hay objeciones entre ellos.”³⁶⁸

Vélez Sarsfield, no obstante, ha copiado *ipsis verbis*, este artículo, del número 53 del Proyecto de Código Civil del señor Freitas quien expresa que: “*Son personas por nacer, los que, no siendo todavía nacidos están ya, sin embargo, concebidas en el seno materno*”³⁶⁹ Este último sostiene lo mencionado en el

³⁶⁷ Vélez Sarsfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía).

³⁶⁸ Varela, Luis V. *Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino*. (Ver cita completa en Bibliografía).

³⁶⁹ Ídem anterior.

artículo y manifiesta que cuando las personas no han nacido, son personas por nacer o personas futuras. Agrega que existen en el seno materno *-in utero sunt-*.

En el mismo sentido, Savigny se interroga, en su **Tratado de Derecho Romano**, acerca de cómo estima el derecho esta vida preparatoria y cuáles son, en esta materia, los verdaderos principios. Con esta finalidad, emplea fundamentos del Derecho Romano a partir de los cuales da cuenta de que, en el proceso de gestación, *el niño es una criatura humana*. En palabras del autor: *“durante la gestación, el niño es todavía una criatura humana, que no tiene existencia propia, y que debe ser considerado como si formase parte de la madre”*³⁷⁰ El mismo autor tensiona dos reglas: la primera referida a las capacidades de ser del niño antes de su nacimiento y la segunda, una especie de proyección de la vida futura del niño, en la cual los derechos le son reservados para el momento de su nacimiento.

En el Código de Luisiana, en su artículo 29 mencionado por nuestro codificador, se toca esta cuestión en relación con la capacidad plena (de los ya nacidos) o futura (de los no nacidos) de heredar bienes. En este sentido, se expresa que antes de nacer con vida, el derecho de la herencia será reservado hasta su nacimiento y se nombrará un *curador* que los represente y preserve de sus bienes. Finalmente, y en contraposición con los anteriores, el artículo 74 del Código de Chile, también citado por Vélez, se refiere a la existencia legal de la persona al indicar que esta comienza al momento del nacimiento, al separarse completamente del vientre materno.

Con posterioridad al tratamiento y definición del concepto de *persona*, Luis Varela profundiza su análisis y va incorporando aspectos asociados con las capacidades de derecho de las que pueden gozar las personas por nacer. De esta manera, estima para su estudio las siguientes palabras de Vélez: *“Tiene lugar la representación de las personas por nacer siempre que éstas (sic) hubieran de*

³⁷⁰ Ídem anterior.

*adquirir bienes por donaciones ó (sic) por herencias*³⁷¹ Así, el Dr. Vélez Sarsfield manifiesta que frente a una situación de herencia o donación de bienes, se reconoce la legitimidad del feto. En este orden de ideas, el codificador manifiesta que el feto puede tener bienes por adquirir, ya sea por una donación o un testamento, pero que requiere, perentoriamente, una *representación protectora* de estos derechos. Esta consideración es fielmente tomada del proyecto de Freitas. En el Código Civil argentino, en el artículo 64, se menciona: *“Tiene lugar la representación necesaria de las personas por nacer, siempre que les compete la adquisición de bienes de alguna donación o herencia”*³⁷² Esta afirmación se cimienta en la concepción de que un embrión puede poseer bienes por adquirir.

En el marco del Derecho Romano, la posesión dada a la madre en nombre del vientre se vincula con los orígenes de ciertas figuras jurídicas: la donación y la herencia legal o testamento. En cuanto a la primera, se da cuando el embrión sucede al padre o ascendientes paternos. En el segundo caso, se da cuando se lo considera heredero instituido, sustituto o legatario.

Sin embargo, los juristas sostienen que para poder reconocer, de manera plena y certera, la capacidad de derecho de las personas por nacer, es preciso contar con evidencia auténtica respecto de la existencia de la situación de embarazo en la mujer: *“Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella ó (sic) del marido, ó (sic) de otras partes interesadas”*³⁷³ Este artículo posee una nota en la que nuestro codificador toma parte, parcialmente, del trabajo de Freitas en el proyecto de Código para el Imperio del Brasil, (artículo 56). Freitas no suscribe al excesivo rigor del Derecho Romano, en que se sometía a la mujer a juramento y a la imposición de multas o sanciones. *“Existían, para el Derecho Romano, distintas diligencias para*

³⁷¹ Vélez Sarsfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁷² Vélez Sarsfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁷³ Idem anterior.

*evidenciar la gravidez y reconocimiento del parto.*³⁷⁴ No obstante, fue necesaria la invalidación de estas medidas, dado que se llegó a la conclusión de que la afirmación del embarazo requiere exclusivamente de un examen médico, frente al cual, existe la posibilidad de que la mujer no se presente por resultar para ella ofensivo al pudor y, en este sentido, no se la puede intimar a realizarlo ni penarla, debido a que no se trata de su interés o derecho propio.

El artículo 56 de Freitas explicita: *“La preñez constará en juicio, y se la tendrá desde luego por reconocida por simple declaración de la madre embarazada o de su marido por ella, ó (sic) de otras partes interesadas como se reglamenta en el Código de Procedimiento”*³⁷⁵ El doctrinario brasileiro apoya su artículo en el hecho de que la simple declaración de la mujer es el modo más apropiado para reconocer su preñez, sin embargo, para el Derecho Romano no era suficiente. También es admisible su declaración, tanto en situación de divorcio como en la continuación del matrimonio. Asimismo, el cónyuge u otras partes interesadas pueden manifestar el estado de embarazo de una mujer.

Al referirse a la partes interesadas, Varela realiza una mención minuciosa acerca de cuáles pueden llegar a constituirse como tales *“Son partes interesadas para este fin: los parientes en general del no nacido, y todos aquellos á (sic) quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto, ó (sic) si el hijo no naciera vivo, ó (sic) si antes del nacimiento se verificase que el hijo no fuera concebido en tiempo propio. Los acreedores de la herencia, el Ministerio de Menores”*³⁷⁶ Nuestro Código Civil toma, por lo tanto, casi textualmente, el concepto del artículo 57 del Código de Freitas, asimismo Vélez Sarsfield no lo presenta con nota. Freitas afirma este artículo a partir de la manifestación de los motivos por los cuales da intromisión a los agentes mencionados, al momento del reconocimiento del embarazo, por la mera declaración de cualquiera de ellos. Se trata de

³⁷⁴ Varela, Luis V. *Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino*. (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁷⁵ Ídem anterior.

³⁷⁶ Vélez Sarsfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

personas a las que los bienes les hubiesen de corresponder (herederos legales del marido, acreedores de la herencia y también puede intervenir el Ministerio Público, a través de algún agente).

Como consecuencia de lo dificultoso que resulta determinar precisamente si una mujer se encuentra o no encinta y con la finalidad de fortalecer los argumentos propuestos por Freitas, Luis V. Varela transcribe la opinión del Dr. MATA en **Tratado de Medicina Legal**. Este especialista del arte de curar expresa que médicos y comadronas tienen poca dificultad para determinar una preñez en situaciones comunes. Sus caracteres propios son trascendentes, por motivo de que las manifestaciones existen al poco tiempo de la concepción por notables alteraciones orgánicas que se pueden considerar racionales y sensibles, atento el valor judicial o la simple curiosidad de una familia. Al abordar el tema en el marco del plano jurídico, *“la comprobación de la gravidez debe estar basada en hechos ciertos”*, sostiene Varela. El facultativo es quien certifica el grado de veracidad del estado a través de determinados signos. Estas alteraciones se pueden considerar referidas, tanto a lo moral, como a lo físico. Dentro de los primeros, irritabilidad, tristeza, hipocondría; en cuanto a los segundos, alteraciones en el rostro, en el tubo digestivo, en el vientre, etc. De igual manera, existen grupos de mujeres que nada manifiestan de todo lo citado y hay estados en los que pueden presentarse estos fenómenos sin que exista embarazo. Los movimientos del feto poseen una significación más específica y permanente, tanto que con el pasar del tiempo llegan a hacerse perceptibles a la vista. Igualmente son reveladores sus latidos que se pueden distinguir al aplicar el oído o, técnicamente, por medio de un estetoscopio. El facultativo escucha latidos dobles, iguales a los del adulto pero más rápidos que se producen por efecto de las contracciones y dilataciones del corazón del feto.³⁷⁷

Freitas cita también la opinión de D' AGUESSEAU en **Ensayo sobre el estado de las personas** al referirse a los temas abordados en los artículos 58 y

³⁷⁷ Varela, Luis V. *Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino*. (Ver cita completa en Bibliografía)

59. Este último afirma que la declaración realizada por la mujer, debe referirse solo a que ella está embarazada de su esposo. De manera opuesta, el marido tiene que referirse a su cónyuge y luego ésta debe presentarse ante el pretor a declarar su estado de preñez. Esta denuncia es considerada por sus efectos jurídicos. Si es realizada por la mujer, pone al esposo en la necesidad de expresar si él cree o no en ese embarazo, también pueden ser enviadas personas que controlen la evolución de su estado para evitar fraudes. Si es él quien desea anunciar el embarazo puede exigirle a su esposa que haga público su estado ante el pretor. De todos modos, el marido puede mostrarse de acuerdo o no con el niño, tanto cuando presente protestas o cuando haya guardado silencio sobre el tema. En este orden de ideas, Ulpiano sostiene que el *“marido o mujer pueden reconocer o desconocer a su hijo”*³⁷⁸

Es preciso acotar que las duras formalidades impuestas tanto a la mujer como al hombre que cometieran calumnias, abusos de poder, manifestaciones físicas o verbales falsas o algún tipo de acción que dañara, en algún aspecto al niño, tienen como propósito su conservación óptima tanto física como mental. El no cumplimiento de dichas formalidades podría acarrear serias sanciones para quien las cometiera.

Para finalizar con el tratamiento llevado a cabo por Varela con respecto a las personas por nacer, el autor toma como referencia las palabras de Vélez quien sostiene que: *“Cesará la representación de las personas por nacer el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores, ó (SIC) antes del parto cuando hubiese terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones de este Código”*³⁷⁹

Adentrémonos ahora en el tema de la existencia de las personas antes del nacimiento. Al respecto dice nuestro Código: *“Desde la concepción en el seno*

³⁷⁸ Varela, Luis V. *Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino*. (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁷⁹ Vélez Sarsfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

*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.*³⁸⁰

Vélez Sarsfield escribe la nota y cita, para ello, a Savigny y la doctrina del Derecho Romano. En este sentido, afirma que es precisa la completa separación de la madre y el hijo, sin diferenciar de ninguna manera el nacimiento natural del que se produce por la intervención quirúrgica de la cesárea, para que el niño adquiera ciertos derechos civiles. Además, es preciso que el niño viva posteriormente a esa separación, es decir, a su nacimiento, sin ser un factor determinante la duración que esa vida finalmente desarrolle. Esto significa, según Justiniano, que *“el hijo posee capacidad de derecho aun cuando muera inmediatamente después del nacimiento”*, solo por el hecho de haber presentado ciertos signos característicos de humanidad, si bien los textos no manifiestan de manera concreta cuáles deberían ser esos signos, se suponen características de humanidad las no desviaciones de las formas físicas habituales.

Nuestro ordenamiento normativo reconoce, por lo tanto, una primera etapa que se corresponde con la persona por nacer y una segunda, que encuentra su génesis en el nacimiento, como de existencia visible propiamente. Las personas por nacer son definidas como aquellas que *“...no habiendo nacido están concebidas en el seno materno...”*³⁸¹ y, a continuación, reconoce la concepción como el momento a partir del cual existe la personalidad jurídica de los seres humanos. Así, dispone que *“...Desde la concepción en el seno materno comienza*

³⁸⁰ Ídem anterior.

³⁸¹ Vélez Sarsfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

*la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. (...)*³⁸²

Al estudiar los antecedentes de los artículos analizados y comprendidos en los títulos que son de nuestro interés, se pueden observar referencias a las diversas concepciones existentes sobre la naturaleza jurídica del *nasciturus*, esta mención es fundamental a los fines de abordar las consideraciones en cuestión. En relación con ello, a partir de la interpretación del Derecho Romano realizada por Savigny se propagó por casi todas las legislaciones la idea jurídica de que los no nacidos pero concebidos en el seno materno no son personas, dado que se entendía que no podía considerarse hombre a quien se encontraba en esa condición y formaba parte de las vísceras de la madre. Se le denegó, entonces, subjetividad al *nasciturus*, en virtud de que la personalidad jurídica se alcanzaba pura y exclusivamente con el nacimiento del niño con vida y solo se lo suponía nacido a los fines de preservar los derechos que acuerda la ley, bajo la condición suspensiva de su nacimiento.

Vélez Sarsfield adoptó la postura de Freitas, adecuó el derecho a la realidad biológica y así lo plasmó en nuestro Código Civil al reconocer al *nasciturus* su calidad de sujeto de derecho. Por su parte, Freitas se aparta de las fuentes romanas y argumenta que si esos seres concebidos pero no nacidos pueden adquirir algunos derechos, es innegable que son personas, agrega además que si los mismos son representados es porque existen, más allá de que su capacidad para adquirir derechos plenos esté supeditada al momento de su nacimiento; él considera que la nada no puede ser representada. Además, estima pertinente destacar que al concebido se lo tiene provisionalmente como nacido *“para todo lo que le sea favorable”*.

También Vélez cita como concordantes el artículo 27 del Código de Luisiana *“los hijos que están todavía en el seno de la madre son considerados, en*

³⁸² Ídem anterior.

cuanto a ellos se refiere, como si ya hubiesen nacido” y el artículo 77 del Código de Chile en el que se menciona: *“los derechos que se definirán en la criatura que está en el seno materno, si hubiese nacido y viviese, estarán supuestos hasta que el nacimiento se efectúe”*.

b) El Código Civil Argentino anotado por Lisandro Segovia

Nos referiremos a la obra de Segovia **El Código Civil Argentino Anotado (1894)**, la cual es considerada por el jurista como un complemento de sus anteriores observaciones sobre nuestro Código publicadas en **Explicaciones y crítica del Código Civil Argentino (1881)**. El autor manifiesta desde la Introducción del volumen la necesidad de realizar un estudio crítico acerca del trabajo de Vélez Sarsfield y de dominar y organizar estos materiales conceptuales tan diversos.

En relación a las personas por nacer, y para comenzar, digamos que Segovia realiza una mención a la representación de las mismas, a través de los artículos 63 y 64 de nuestro Código: *“Tiene lugar la representación de las personas por nacer o los hijos concebidos, siempre que hubiesen de adquirir bienes por donación ó por disposición de última voluntad.”*³⁸³ Luego, cita los artículos 247, 249, 68, 65, 78, 67, 68 en los que indica las condiciones requeridas por las personas por nacer y sus progenitores. Así sostiene el Código Civil que *“La mujer que muerto el marido, se creyere embarazada, deberá denunciarlo a quienes heredan al difunto, quienes podrán solicitar medidas que aseguren las condiciones del parto. La mujer recién divorciada que se creyere embarazada debe denunciarlo al Juez o al esposo en un término de 30 días.”*³⁸⁴ En ambas situaciones, entendemos que, según la perspectiva del autor se trata de tener por cierta y valedera la afirmación de la mujer, la cual asegurará el reconocimiento del embarazo, sin la necesidad de ser sometida a pruebas médicas periciales que así

³⁸³ Vélez Sársfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁸⁴ Idem anterior.

lo acrediten, salvo en caso de que otras partes interesadas teman la suposición del embarazo (situación en la cual podrán solicitar ciertas medidas), mas no podrán suscitar pleito alguno. Asimismo será tomada por auténtica la palabra del marido u otras partes interesadas.

En cuanto al concepto de partes interesadas, están comprendidas, en este sentido, las ya referidas por Luis Varela en su estudio. Segovia realiza el tratamiento de este tema haciendo alusión a los artículos 70 al 77 de nuestro Código Civil, en los que se determina de manera explícita que *“La existencia del hijo comienza desde su concepción y desde entonces puede adquirir ciertos derechos.”*³⁸⁵

En relación con esta última observación, el autor sugiere que no se expresa claramente cuáles son en realidad esos derechos que comienzan con la concepción de la persona. Se menciona, además, que estos se adquieren al nacer, más allá de cuál sea el método aplicado al parto y más allá también, de que el niño muera luego de nacer; si muriera antes de ser alumbrado, la persona no se estima existente. El nacimiento se valora como cierto cuando los que pudiesen haber oficiado de testigos del parto, hubiesen oído la respiración, el llanto de niño nacido con vida o percibido algún otro signo vital. También se expresa que el período de gestación se evalúa en términos de aproximadamente entre 300 y 180 días.

c) Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino por Baldomero Llerena

El principal objetivo del jurista Baldomero Llerena, a través de profundas indagaciones en materia de Derecho, ha sido contribuir con el estudio de nuestro Código Civil y, con este propósito, ha establecido concordancias entre los distintos artículos, ha incorporado citas de otros especialistas y al pie de los artículos, fallos significativos.

³⁸⁵ Ídem anterior.

En lo que hace a las personas por nacer, bajo este acápite, y a los fines del análisis que nos compete, es preciso aclarar que Llerena toma en consideración los artículos 63 al 69 de nuestro Código y establece concordancias con otros Códigos. Él sostiene que *“Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar.”*³⁸⁶ En este mismo orden de ideas, el artículo 22 del Código de Austria sostiene que *“Los hijos que aún no han nacido tienen derecho á (sic) la protección de las leyes desde el momento de su concepción”*, son contestes, en este sentido, el artículo 29 del Código de Luisiana y el artículo 10 del Código de Prusia.

No obstante, el artículo 74 del Código chileno afirma que *“la existencia legal de toda persona principia al nacer”* Esta aparente contradicción en las codificaciones (luego, explicada por Savigny) despierta la reflexión de Llerena, quien se pregunta, entonces y en referencia a lo establecido por este último, *“¿Por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?”* Asimismo, el Derecho Romano propuso acciones que protegían al *Nasciturus*.

En cuanto a la representación de la persona por nacer, Llerena es congruente con lo expuesto por Freitas en el artículo 54 y por el Código Francés y afirma que el feto puede tener bienes por donación o por herencia testamentaria y que, por este motivo, requiere de una representación protectora de estos derechos. Acota, además en un comentario, que esta representación es tan valedera en caso de ser el hijo natural como legítimo. Por otra parte, en cuanto a la sucesión de las personas por nacer no se debe distinguir entre testamentaria o intestada.

Llerena se refiere, luego, a la relevancia que posee el reconocimiento del embarazo por parte de la declaración de la madre, el padre o alguna de las partes

³⁸⁶ Llerena Baldomero. *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino (segunda edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

interesadas. Con el propósito de este reconocimiento, el Derecho Romano disponía de un rigor demasiado excesivo, que con posterioridad fue abandonado, dado que, según Freitas, es preciso un examen médico especializado que lo corrobore, fundamentalmente por su fiabilidad y por no someter a la mujer a situaciones que le pudieran resultar ofensivas. Por lo tanto, comenta Llerena, se tendrá por reconocido el embarazo admitido como existente sin lugar a contradicción. Además, incorpora una reflexión en torno del hecho de que frente a la ausencia de esta declaración, no habrá perjuicio para el hijo, debido a que el nacimiento es un hecho cierto cuyos efectos no pueden estar sujetos a la negligencia de los progenitores, en la cual el hijo carece absolutamente de intervención. El jurista apoya su afirmación con palabras de D'Aguesseau y Ulpiano.

Finalmente, en referencia a las personas por nacer, Llerena, en concordancia con Freitas, expone que las partes interesadas están constituidas por los parientes en general del no nacido y todos aquellos a quienes sus bienes le pudieran pertenecer si no sucediera el parto o si el hijo no naciera vivo. Además, su representación cesará el día del parto, si el hijo naciera con vida.

En lo atinente a la existencia de las personas antes del nacimiento sostiene textualmente: *“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.”*³⁸⁷

Para definir la existencia de las personas antes del nacimiento y las condiciones precisas de esta existencia, Llerena cita de nuestro Código las palabras anteriores y establece concordancias. Toma el ideario de Savigny quien, basado en los principios del Derecho Romano, considera que el hijo debe ser

³⁸⁷ Vélez Sársfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía).

separado completamente de la madre al momento de nacer y que, como resultado del nacimiento, el niño debe poseer vida y características humanas independientemente de la manera como el parto se haya producido. Vale aclarar en este sentido y, como lo estableciera una antigua ley, que aún luego de la muerte de una mujer embarazada su cuerpo debe ser abierto para salvar la vida del hijo. Además, si durante el parto, el hijo diera signos de vida pero muriera antes de ser separado de la madre, no se le reconoce capacidad de derecho alguna.

Llerena comenta, a partir de lo dicho que, como principal efecto del nacimiento, el hijo tiene el legítimo derecho de acceder a la herencia de su padre, aun cuando a los fines del testamento, no se haya realizado mención a este hijo por nacer. Además, frente a la existencia de una herencia, su partición se posterga hasta el nacimiento del hijo que se espera (en caso de haberlo), mas si la demora no fuera admisible, se reserva la parte correspondiente al no nacido. En este sentido, nuestro Derecho presupone el alumbramiento de un solo heredero y no contempla el supuesto del Derecho Romano que tomaba por caso el posible nacimiento de tres. En tanto, se consideran hijos los legítimos como los naturales, los cuales tendrán derecho a los bienes dejados por donación, herencia o legado; desde el momento de su nacimiento, sin interesar por cuánto tiempo se prolongue su vida o si mueren luego de nacer.

El Código Francés en su artículo 725 establece que *“el nacido sea viable, es decir, que no traiga ningún vicio por el cual su muerte pueda asegurarse.”*³⁸⁸ Lo mismo afirman el Código de Nápoles, el de Austria y el de Baviera. Sin embargo, el Código Sardo supone viable al hijo que ha nacido vivo; al igual que el de Luisiana, el cual añade que basta con que el niño haya vivido un instante y que esa existencia se puede determinar por su respiración o por su llanto. Es conteste el Código de Chile. En sus *concordancias*, agrega Llerena que los fundamentos del Código Francés sostienen que *“el hijo que nace antes de los seis meses de la*

³⁸⁸ Llerena Baldomero. *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino (segunda edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía).

*concepción, aunque nazca vivo es incapaz de prolongar su existencia, lo mismo se dice de quien nace con un vicio orgánico*³⁸⁹ Sin embargo, el jurista inutiliza estos principios doctrinales. Por este motivo, considera que nuestro Código Civil ha dado un paso adelante con respecto al Código Francés y a los que le siguieron y ha despejado de manera clara y práctica las dudas acerca de la viabilidad del feto. Más aún, nuestro Código contempla la situación de los niños nacidos antes de tiempo; muchos de los cuales, si bien nacen con vida, se ven imposibilitados de prolongarla e invalida el rechazo legal a la capacidad de derecho de estos niños establecido tradicionalmente. Así, manifiesta el jurista que la determinación de un tiempo máximo y un tiempo mínimo de duración del embarazo, solo se considera a los efectos de precisar la paternidad y no de limitar los derechos adquiridos por la persona antes de su nacimiento.

Además, comenta Llerena que el codificador nota que *“mientras no se pruebe que la criatura ha nacido muerta, se presume que nació viva. La presunción de derecho es, entonces, todo hijo nace vivo y, por consiguiente, al que alegue que el hijo nació muerto le corresponde probarlo.”*³⁹⁰ Cabe destacar que se considera cierto el nacimiento cuando se hayan percibido los signos indicados y cuando los asistentes al parto hayan oído su respiración o su llanto.

d) Exposición y comentario del Código Civil Argentino por José Olegario Machado

En lo atinente a las personas por nacer, Machado afirma que debe realizarse una distinción entre las personas por nacer que existen *in utero sunt* y las personas *futuras* que no existen pero que tienen la posibilidad de existir. Esta diferenciación consiste en que las primeras pueden ser representadas, mientras que las segundas no pueden serlo, dado que carece de representación lo que no existe. Por tanto, la capacidad de derecho comienza con el nacimiento, aunque tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que hubieren de

³⁸⁹ Ídem anterior.

³⁹⁰ Ídem anterior.

adquirir bienes por donación o por herencia. Asimismo, Machado menciona que la ley, con la finalidad de impedir que se atente contra la existencia intra uterina, castiga el aborto o los malos tratos que pudieran resultar en este y acuerda protección para las personas por nacer.

*“Cuando las personas hubieran de recibir bienes por donación ó (sic) herencia, habrá á (sic) quienes interese que el embarazo sea cierto para que adquieran los bienes dejados o, por el contrario, habrá á (sic) quienes convenga que no lo sea”.*³⁹¹ Por este motivo, es de cabal importancia la declaración del embarazo que se considerará válida si ha sido realizada por alguna de las partes interesadas (progenitores, parientes, personas a las que habrían de pertenecer los bienes del no nacido en caso de que muriera al nacer, los acreedores de herencia, el Ministerio de menores), según se refiere nuestro Código Civil. Sin embargo, Machado acota que, en este artículo que se toma al pie de la letra del Proyecto de Freitas, la intervención que se da al Ministerio (al cual el jurista brasileiro nombra Ministerio Público) no es para denunciar el embarazo como se podría entender, sino para intervenir en lo relativo a la protección del embrión (aborto, infanticidio, sustitución del recién nacido). No obstante, el Ministerio de menores no podrá intervenir en cuestiones referidas a los intereses fiscales.

De manera concluyente, alude Machado *“cuando naciere muerto cesará la representación y no habrá derecho alguno, aunque la muerte hubiere sido el resultado de un delito. Para adquirir el derecho, debe nacer con vida, al menos algunos instantes. Si la vida se prolonga, comienza la existencia del menor y su representación estará sujeta a lo dispuesto para los menores.”*³⁹²

³⁹¹ Vélez Sarsfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁹² Machado, Olegario José. *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. (Ver cita completa en Bibliografía)

En cuanto toca a la existencia de las personas antes del nacimiento, dice: *“La existencia de la persona humana comienza desde la concepción, no solo para la adquisición de algunos derechos, sino para la protección que la sociedad debe a todos sus miembros, por esto, el Código ha determinado que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas.”*³⁹³

En este orden de ideas, Machado toma la palabra de Savigny y entiende que, si bien el no nacido no se constituye como persona, como lo será en el porvenir, la ley no lo puede desamparar. Como ya fuera expuesto, en el Derecho Romano, algunos textos no estimaban al no nacido como persona humana y, por esto, no le otorgaban derechos. Por ejemplo, Papiniano respondía *“no se puede considerar como hombre al niño que está aún en el seno de la madre”* Savigny avala esta postura, pero Freitas la rechaza al sostener que no es posible conceder derechos a quien no es persona y tampoco es admisible su representación porque la nada no se puede representar. En tanto, entiende que la existencia de la persona humana comienza con la concepción y sus derechos quedan irrevocablemente adquiridos si el niño concebido naciera vivo y se encontrara completamente separado de su madre. Nuestro Código adopta esta perspectiva.

A los fines de probar que el niño nació con vida, será suficiente la palabra de los asistentes al parto, sean o no parientes del nacido. Dado que no es posible determinar el momento de la concepción, las legislaciones toman como punto de partida el nacimiento, dice el Código: *“La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximum y el mínimum de la duración del embarazo, sin que esta época influya en el hecho mismo del nacimiento, sirviendo solo para determinar los derechos hereditarios.”*³⁹⁴

e) Conclusión

³⁹³ Vélez Sársfield, Dalmacio. *Código Civil Argentino (primera edición)*. (Ver cita completa en Bibliografía)

³⁹⁴ Idem anterior.

En síntesis, podemos concluir afirmando que los juristas tomados como parámetro para problematizar los conceptos expuestos en el Código Civil Argentino acerca del *nasciturus* han llevado a cabo una minuciosa tarea que no descuidó detalles importantes. El contenido y las fuentes del Título III “De las personas por nacer” y del Título IV “De la existencia de las personas antes del nacimiento” fueron cuestionados, de manera constructiva, a los fines de continuar evitando cuestiones de imposible solución exacta (como lo afirmara Llerena respecto de nuestro Código). Sin embargo, más allá de la claridad aportada por el conocimiento de estos especialistas en Derecho, no debemos perder de vista que sus reflexiones no solo nos allanan el camino en el quehacer diario, sino también y, fundamentalmente, nos convocan a prolongar esa reflexión y adecuarla a los cambios que origina el hombre, por su esencial carácter de ser social.

f) Bibliografía

Llerena, Baldomero. **Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino (segunda edición)**. Tomo I. Jacobo Peuser Editor. 1898.

Machado, Olegario José. **Exposición y comentario del Código Civil Argentino**. Imprenta de Mayo. Buenos Aires. 1912.

Segovia, Lisandro. **El Código Civil Argentino anotado**. Félix Lajouane Editor. Buenos Aires. 1894.

Varela, Luis V. **Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino**. Tomo II. H y M Varela Editores. Buenos Aires. 1878.

Vélez Sársfield, Dalmacio. **Código Civil Argentino (primera edición)**. Editorial La Nación Argentina. 1865.

2. Posición de la doctrina nacional³⁹⁵

a) Introducción

³⁹⁵ Por la profesora Mariela Baldi.

En general la doctrina nacional³⁹⁶ ha aprobado el punto de vista sustentado por Freitas y Vélez Sarsfield es decir que el comienzo de la existencia de la persona tal como los sostiene el art. 70 de nuestro código civil comienza desde la concepción en el seno materno, adaptando de esta manera el derecho a la realidad biológica, en este sentido Lambías³⁹⁷ nos dice *“...desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia, aunque sustancialmente, el medio en que se desarrolla la vida”* este mismo autor y como consecuencia de lo sostenido por él como se dijo anteriormente sostiene *“...esto explica satisfactoriamente por qué se castiga el aborto premeditado como un delito incriminado por el art 85 del Código Penal, y por qué en los países en que exista pena de muerte se suspende la ejecución de las mujeres encintas hasta después del alumbramiento...”*

Eduardo Busso ha sostenido que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y que antes de su nacimiento pueden adquirir ciertos derechos como si ya hubiesen nacido y estos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Borda³⁹⁸ en este sentido sostiene al igual que Lambías que desde la concepción en el seno materno se es persona, idea según estos autores lógica en la época de Vélez Sársfield un siglo y medio antes pero hoy con los nuevos métodos es lógico que la concepción no se haya producido en el seno materno sin embargo para estos autores esto no es impedimento para considerar que no importa si la concepción se produce fuera del seno materno, igual existe un nuevo ser sosteniendo que se aplica por analogía el art. 70 del Código Civil.-

³⁹⁶ Borda, G. A. op. Cit. T. I. n° 224-227; Spota, A. G. Tratado..., vol. 32, n° 727, p. 48; Arauz Castex M., op. Cit. T. I. n° 348, p. 193; Busso, op. Cit. T. I, art. 70, nums. 10 y 11, p.459; Lopez Olaciregui, su anotación a Salvat, t. I.n° 386-c, p.382.

³⁹⁷ Lambias J.J. p. 235.

³⁹⁸ Borda Guillermo, **Tratado de Derecho Civil Parte General** 13ª edición.

Así las cosas Lambías nos sigue enseñando que no hay manera de aceptar la discriminación pretendida por Orgaz entre vida humana y persona humana, puesto que no hay otro modo de ser hombre sino invistiendo el carácter de persona humana que nos comunica la infusión del alma que Santo Tomás define como el principio primero por el cual vivimos, sentimos, nos movemos y entendemos. Pues si el hombre es el compuesto de alma y cuerpo, no se advierte qué clase de vida humana puede haber que no sea presidida por el alma.

Esto no es contradictorio según Lambías por la experiencia de que el alma no se manifiesta por sus operaciones espirituales mientras dura la vida intrauterina, puesto que tales operaciones solo aparecen tardía y paulatinamente después del nacimiento, y sin embargo nadie duda de la existencia del alma desde el nacimiento, si bien ella requiere un cierto crecimiento físico del ser para que se trasunten sus operaciones espirituales.

Arturo Orgaz, autor cordobés del siglo pasado en contraposición con los autores argentinos en general se ha inclinado por la postura sostenida por los códigos de Alemania, España y Francia y así sostiene que no existe persona antes del nacimiento atento que el feto carece de voluntad. Así el autor cordobés diferencia el comienzo de la vida y el de la personalidad sosteniendo que efectivamente la vida comienza con la concepción en el seno materno pero que la personalidad comienza con el nacimiento, pero aún así admite la posibilidad de que la persona por nacer adquiera bienes por donación o herencia es decir que considera sus derechos totalmente limitados, esta teoría ha sido refutada por Borda como se ha referenciado *supra*.

b) Condición jurídica de la persona por nacer

Seguendo a Borda, Lambías, Spota y Busso podemos resumir la situación jurídica de la persona concebida en el seno materno, en la siguiente forma, ya atendiendo a su personalidad, ya considerando su capacidad:

Desde el punto de vista de la personalidad el concebido es persona para el derecho, pero ostenta esa investidura *sub-conditione*, es decir que la personalidad del *nasciturus* está sujeto a la condición resolutoria de nacer con vida.-

Eduardo Busso y López Olaciregui sostienen que los por nacer, tienen una personalidad jurídica limitada, que comienza a partir del momento mismo de su concepción, según estos autores podemos sostener que su fuente es el modelo de Freitas quien a su vez tiene como antecedente el código de Prusia según el cual los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos que no son aun nacidos a contar desde el momento de la concepción. Estos autores a su vez dan su fundamento en el argumento de orden lógico de Freitas quien sostiene que la mayoría de los códigos admiten que el ser concebido puede adquirir ciertos derechos, ¿como va a negársele su carácter de persona? No es concebible -dice- que haya ente capaz de adquirir derechos si no hay persona. Si los que han de nacer son representados, es forzoso admitir que existen y que son personas, pues la nada no se representa.

En cuanto a la personalidad jurídica, Salvat sostiene que tienen una personalidad limitada, ya que según este autor la ley no les reconoce este carácter sino al solo efecto de que puedan adquirir derechos, es mas este autor nos enseña que el art. 64 del código Civil acentúa este concepto sosteniendo que dicha norma legal les otorga representación al solo efecto de adquirir bienes por donación o herencia, es mas textualmente podemos leer en su obra “regla tradicional que nos viene del derecho romano (*infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus comodis agitur*)”.

Arturo Orgaz ha sostenido contrariamente al sistema del Código, y dice que el concepto de persona humana existe solo después del nacimiento es decir cuando ha adquirido vida individual y autónoma, fundamenta su postura en que el razonamiento de Freitas y Vélez Sársfield parte de un equivoco: el de asimilar vida humana, con persona humana. Según el autor cordobés aunque haya vida desde el momento de la concepción, solo existirá la persona desde el nacimiento admitiendo que la ley proteja al feto aunque no sea persona por respeto a la vida humana que ya existe y en consideración a la eventual personalidad futura del concebido.-

Desde el punto de vista de su capacidad de hecho es absolutamente incapaz (art.54 inc. 1 C.C.), ya que no pueden celebrar por sí acto alguno.

Nos enseña Salvat en cuanto a la capacidad de hecho que es evidente que por la condición misma en que se encuentran no pueden ejercer derechos por s.f. mismo por lo tanto son incapaces de hecho, si bien Salvat no aclara si son incapaces absolutos o relativos de hecho nuestro código establece su incapacidad absoluta.-

Por imposibilidad total y evidente de toda actuación Busso sostiene que el código erige a las personas por nacer en incapaces absolutos de hecho.-

Desde el punto de vista de la capacidad de derecho es persona de capacidad restringida. En principio goza de amplia capacidad para adquirir bienes no para obligarse. Sostienen estos autores la vieja idea según la cual se confiere personalidad a la persona por nacer para favorecerla, pero no para imponerle gravámenes a su cargo.-

La adquisición de derechos por el concebido, es real y efectiva, pero también revocable y solo deja de serlo cuando se produzca el nacimiento, aunque fuere por instantes después de estar separado de su madre, según Eduardo Busso.

Según Salvat la capacidad de derecho es una capacidad limitada ya que las personas por nacer no pueden adquirir bienes en otra forma que no sea por donación o herencia aunque la adquisición de derechos consumada ya en el momento inicial, esta sometida a condición resolutoria a diferencia del derecho romano en el cual el nacimiento funcionaba como condición de una adquisición que en s.f. misma era imperfecta.

En cuanto a la viabilidad respecto a la personalidad jurídica el código descarta la misma como requisito necesario para gozar de la personalidad axial lo sostiene Busso quien sostiene que el codificador siguiendo a Freitas consagra esta norma en términos absolutos aclarando que ni aun la muerte del recién nacido debida a un vicio orgánico, o a su condición de prematuro basta para que se le prive de la personalidad de que se le ha investido. Para mantener la buena inteligencia del código este autor nos enseña que aunque no se exija la viabilidad del recién nacido, se requiere que la criatura haya tenido un momento siquiera de vida propia, completamente separada del seno materno.

Para Orgaz no puede admitirse que una masa sin diferenciación funcional de cuerpo, haya podido vivir con vida auténticamente propia ni un solo instante, axial ciertos fetos que nacen sin cabeza o corazón (acéfalos o acordianos) y que son reputados como no viables por la doctrina extranjera para este autor tampoco serían personas.-

c) Derechos que puede adquirir

Según Lambías *“encontramos un precepto del código exageradamente restrictivo que no traduce exactamente la capacidad de derecho de la persona por nacer”*, así el art. 64 dicta *“tiene lugar la representación de las personas por nacer siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o por herencia”* pareciera pues dice este autor que la capacidad de derecho se redujera a la adquisición de bienes por ese doble título pero no es así y nos enseña que en realidad esta mención de la donación o herencia es una alusión a supuestos ordinarios que habrán de motivar la representación de estos incapaces, pero no tiene el sentido de negar otras fuentes de adquisición de bienes en favor de ellos, pues no habría razón alguna para someter a e estas personas a una situación tan injusta.

Bienes adquiridos por vía de donación o herencia.-A este respecto no hay duda que pueden ser adquiridos ante lo expresado por el art. 64 y esto es sostenido unánimemente por la doctrina nacional.

Bienes adquiridos por vía de Legado: Tampoco hay duda sobre esto porque el art. 3733 dice *“Pueden adquirir por testamento todos lo que estando concebidos al tiempo de la muerte del testador no sean declarados por la ley incapaces indignos”*.

El legado es la sucesión por causa de muerte a título singular en cuyo supuesto el legatario no tiene como el heredero una vocación o llamado a la totalidad de la herencia, sino solo a los objetos particulares a los que el legado se refiere.

Acciones de estado³⁹⁹: La persona por nacer dispone de las acciones pertinentes para acreditar el estado civil que le corresponde, en este caso su filiación paterna. A esta conclusión se llega partiendo del art. 322 del C.C. que autoriza implícitamente al padre a reconocer a su hijo antes del nacimiento. Pero como lo que es para aquel su derecho, es también su deber que le pueda exigir forzosamente que el hijo con arreglo al art.325, se sigue que el hijo por nacer es titular de la acción de filiación que será eventualmente ejercida por la madre o si esta fuere incapaz por el curador que se le nombre, art.57C.C.-

Alimentos⁴⁰⁰: La persona por nacer tiene derecho a reclamar alimentos de sus parientes que sean deudores de la respectiva prestación.

Resolución de los derechos adquiridos.

En consonancia con el carácter condicional de la personalidad de que goza la persona por nacer, todos los derechos adquiridos por ella están bajo la amenaza de su nacimiento sin vida.

Esta es la incidencia que tiene el nacimiento sobre la existencia de los derechos mencionados. Si, ocurriere el nacimiento sin vida tal hecho destituye de su personalidad a la persona por nacer, retroactivamente, de tal manera que se considera *“como si nunca hubiera existido”*. Si contrariamente naciera con vida, tal hecho importa la frustración de la condición resolutoria que pendía sobre la personalidad de la persona por nacer y consiguientemente amenazada la adquisición de sus derechos, que desde ya resultarán definitivamente consolidados.

Obligaciones: La doctrina⁴⁰¹ de los autores referenciados entiende que las personas por nacer carecen de capacidad de derecho para contraer obligaciones a menos que estas sean accesorias de los derechos adquiridos.

Así Salvat nos referencia que no pueden adquirir obligaciones por si mismos, directamente, aun que lo hicieren por medio de sus representantes, pero

³⁹⁹ Conf. Borda, G. A. op. cit., t. I, n° 476, ap.; Lafaille, H., Familia, n° 464 bis, p. 337; Busso, E., op. cit., t. II, art. 325, n° 184, p. 739.

⁴⁰⁰ Conf. Borda, G. A., op.cit.,t.I, n° 476,ap. Spota, A. G.Tratado de Derecho Civil, t. I, vol. 32, n° 717, p. 22.

⁴⁰¹ En este sentido hay conformidad de la doctrina nacional: Borda, G. A., op. cit., t. I, n° 477; Spota, A. G. op. cit., t. I, vol. 32, n° 717, p. 21; Salvat, R. op. cit., n° 722, ps. 331-2.

si la herencia adquirida estuviese gravada con obligaciones, estas pasan a la persona por nacer, conjuntamente con los bienes que la componen.-

Respecto a este tema Lambias se aparta y nos dice *“no participamos de esta opinión y pensamos que la capacidad de derecho de las personas por nacer es problema que se plantea y resuelve conforme a los principios generales, es decir, ella queda excluida solo cuando existe alguna norma expresa en tal sentido”*.

La posibilidad de imputar obligaciones a la persona por nacer depende del funcionamiento de su incapacidad absoluta de hecho y de la manera correcta de suplirla. De modo que si su representante legal ha contraído alguna obligación a nombre suyo, dentro de las facultades legales correspondientes, la persona por nacer resultará obligada y, de lo contrario no. Lo mismo que ocurre respecto a otros incapaces de hecho también absolutos, como los dementes.

Realmente no advertimos razón alguna para que el tratamiento de las personas por nacer y de los insanos interdictos deba ser diferente acerca de este punto. Por ello concluimos que a menos que concurra alguna disposición expresa limitativa de la capacidad de derecho de la persona por nacer para contraer obligaciones, ella está habilitada para soportar las consecuencias de los actos de sus representantes legales que hayan obrado en el límite de sus facultades. No se trata de ausencia de capacidad de derecho, sino de procedencia o improcedencia de la imputación de los actos cumplidos por sus representantes a la persona por nacer.

Esta postura es la única que permite el normal desarrollo de la administración de los bienes de la persona por nacer. Sabido es que toda gestión patrimonial obliga al gestor a contraer las obligaciones que exige la misma explotación de los bienes tales como contratación de servicios, de obras, etc. Si se admitiera la incapacidad de derecho de la persona por nacer, no habría manera de suplir la imposibilidad legal para efectuar aquellos actos con el consiguiente estancamiento y perjuicio de la explotación de los bienes”.⁴⁰²

402

Llambias, J. J. **Tratado de Derecho Civil, Parte General**, T. I, p. 248-9.

d) Bibliografía

Salvat, R. M. **Tratado de Derecho Civil**. Parte General. Séptima edición. Impreso por herederos de autor copyright. Buenos Aires, 1994.

Borda, Guillermo A. **Tratado de Derecho Civil**. Cuarta edición. Editorial Perrot. Buenos Aires 1965.

Borda Guillermo A. **Tratado de Derecho Civil**. Décimo tercera edición.

Busso, Eduardo con la colaboración de: Castex, Manuel Arauz Lopez Olaciaregui Jose María. **Código Civil Anotado**. Editorial Compañía Argentina de Editores S.R.L. Buenos Aires 1944.

Llambías, Jorge Joaquín. **Tratado de Derecho Civil**. Parte General Tomo I, Vigésimo tercera Edición actualizada por Patricio J. Raffo Banegas. Abelardo Perrot. Buenos Aires 2010.

3. La última Doctrina en Argentina⁴⁰³

a) Raymundo M. Salvat⁴⁰⁴

El autor hace referencia a que vulgarmente se considera que la existencia de las personas principia con el nacimiento, y aunque vive ya en el seno materno, se la considera *pars visceram matris*, en lo que él denomina como un concepto vulgar. Analizando el derecho y el modo propio de éste se refiere a lo establecido en el art. 70 y 63 del mismo cuerpo legal, concluye que en nuestra legislación civil esta reconocida la personalidad del ser humano concebido pero aún no nacido. Hace referencia a la necesidad de la representación (art. 64) en caso de que las personas por nacer hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.

A este respecto y en comentario efectuado por el Dr. José María López Olaciregui⁴⁰⁵ expresa que es necesario fijar el alcance de la limitación del art. 64 del Código Civil, expresando que como lo entienden diversos autores y cita expresamente a Orgaz que considera que en términos generales los derechos del

⁴⁰³ Por las profesoras Graciela Fernandez, Marisa Domínguez y Norma Alicia Juárez.

⁴⁰⁴ SALVAT, Raymundo M. **Tratado de Derecho Civil Argentino-Parte General**- (Ver cita completa en Bibliografía)

⁴⁰⁵ LOPEZ OLACIREGUI, José María – Adición al N° 358 de la obra de Salvat, op. cit. pág. 363

concebido admiten extensión analógica, sobre la base de que se lo tiene por nacido para todo lo que sea favorable.

Expresa Salvat que en nuestro derecho como en el Derecho Romano, el reconocimiento de la capacidad del hijo concebido pero no nacido, es solamente a efectos de hacerle adquirir derechos. También en ambas legislaciones, es requisito el nacimiento con vida del *nasciturus*. Remarca que existe también una diferencia fundamental entre ambos derechos, en el Código Civil, el ser humano concebido en el seno materno es una persona real, ya existente, y por lo tanto capaz de adquirir derechos; mientras que en el Derecho Romano, el *nasciturus*, no es persona, y mediante una ficción se lo equipara al ser humano ya nacido, y es en virtud de esa ficción que se le reconocen derechos. De allí, según el autor, se concluye que en el sistema del Código Civil Argentino el requisito del nacimiento con vida del concebido funciona como condición resolutoria y en el Derecho Romano como condición suspensiva. Para el autor, la personalidad de las personas por nacer es esencialmente limitada, ya que tiene aptitud para adquirir derechos, pero no puede contraer obligaciones; es una *personalidad provisional*, puesto que depende del nacimiento con vida.

El autor critica al codificador en cuanto el código reconoce al hijo concebido el carácter de persona, expresando que ello no se condice con la realidad de los hechos, ya que la idea de persona significa una individualidad con vida propia e independiente, lo que no se verifica en la realidad de la persona que aún no ha nacido. Concluye que...“ha sido un error considerarlo como una persona real, ya existente.”⁴⁰⁶ López Olaciregui, en adición a la obra de Salvat, expresa que considera acertada la solución del Código Civil y muy convincentes las razones explicitadas en la nota al artículo 63.

b) Alberto G. Spota⁴⁰⁷

Para este autor la definición de persona contenida en el artículo 30 del Código Civil no es normativa por tanto esta de más en el texto de la ley.

⁴⁰⁶ SALVAT, Raymundo M. op. cit. pág. 381

⁴⁰⁷ SPOTA; Alberto G. **Tratado de Derecho Civil.** (Ver cita completa en Bibliografía).

Consideró acertado el Proyecto de reformas de 1936, en cuanto propiciaba la supresión de la misma.

Expresa que la personalidad jurídica humana comienza desde la concepción. Considera acertada la posición del codificador cuando se aparta de la idea de la ficción sostenida por Savigny y adopta la idea de Freytas afirmando la realidad de la existencia del nasciturus en el mundo de la naturaleza y de lo jurídico.

También critica la definición de persona por nacer del artículo 63, citando a Bibiloni, quien opinó que no se requiere expresar lo evidente que *“son las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”* Dice luego que lo relevante de esa norma es que afirma que es persona el ya concebido en el seno materno. Analiza favorablemente la representación legal del artículo 54 inc. 1º ante la capacidad jurídica limitada de las personas por nacer, que es completada por la intervención del Ministerio de Menores todo según el artículo 59, razonando sobre las situaciones comprendidas en la ley y a quien corresponde encarnar esa representación, artículo 57 inc. 1º. Critica una vez más al codificador por la repetición de los artículos 57 inc.1º y 64 del Código Civil, haciendo alusión a los proyectos de reformas que los suprimían. Sigue el razonamiento de la normativa del código, expresando que es cierta para la ley cuando se inicia y termina esa representación analizando los artículos 64 y 69, 2da. Parte. Analiza luego la protección de la vida intrauterina y el nacimiento con vida del nasciturus todo lo cual se completa con la protección de la ley penal que prohíbe el aborto y las implicancias relacionadas con la filiación del concebido.

Según el autor en nuestro sistema legal la persona por nacer no es persona futura, ni esperanza de hombre o un hombre en formación. Tampoco es sujeto bajo condición ni suspensiva ni resolutoria, porque el derecho puede ser condicional más no su soporte. Relaciona algunas legislaciones como el caso del Código Civil Alemán, para el cual la personalidad del individuo solo se alcanza con el nacimiento. Concluye que el concebido es sujeto de derechos y de los deberes inherentes a tales derechos, los que adquiere desde el día de la concepción.

El autor analiza el tema en el Corpus Iuris citando a Windscheid y lo que el autor alemán enseña en "Pandette" T. I. Párrafo 52, ps. 153 y ss. "El feto en el útero materno no es aún un hombre; pero si es dado a luz como hombre capaz de derecho, su existencia se computa, en cuanto a su propia situación jurídica, no solo desde el momento de su nacimiento, sino desde el instante de su concepción" Habla de los autores que ejercieron alguna influencia en la obra del codificador. Cita a Savigny para quien el derecho protegía al nasciturus recurriendo a una ficción, y afirmando que los derechos posibles que éste tuviese venían unidos al nacimiento. Concluye a este respecto que la influencia decisiva es la que ejerció el Esbozo de Freytag que declara que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido" fuente directa del artículo 70 de nuestro Código Civil.

c) Eduardo B. Busso⁴⁰⁸

Para el tratadista, nuestra legislación civil sienta como principio que la personalidad jurídica de los seres humanos comienza a partir del momento mismo de su concepción, idea, ya relacionada en el título III que se refiere a las personas por nacer.

Afirma que se trata de una personalidad jurídica limitada, ya que el código habla de la "adquisición de algunos derechos" estableciéndose en el artículo 64 la órbita de esa capacidad jurídica.

Cita como fuente directa del artículo 70 del Código Civil a Freytag quien argumenta que si la casi totalidad de los códigos admiten que el ser concebido puede adquirir ciertos derechos, no pueden negarle su carácter de persona, ya que por lógica no se concibe ente capaz de adquirir derechos que no sea persona. Agrega que si los concebidos necesitan ser representados es forzoso admitir que existen y que son personas pues la nada no se representa.

⁴⁰⁸ BUSO, Eduardo B. **Código Civil Anotado**. (Ver cita completa en Bibliografía)

En la obra citada, el autor cita la crítica formulada por el Dr. Orgaz en su obra *La persona humana* publicada en el Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, de abril- setiembre 1942, Año VII. nº 2-3, pág. 152, al principio que sustenta el Código Civil en el artículo 70, sostiene el Dr. Orgaz, que Freitas y Vélez Sársfield se equivocaron al asimilar vida humana con persona humana. Afirma que aunque haya vida desde el momento de la concepción, solo existirá la persona, que supone vida individual y autónoma, desde el nacimiento. Opina que la protección que la ley acuerda al feto, aunque no sea persona, lo hace por respeto a la vida humana que ya existe y en consideración a la eventual personalidad futura del concebido. Para Orgaz no existe contradicción al reconocer al feto ciertos derechos, se trataría según lo afirma de mantener temporarily en suspenso la atribución de los derechos, como un caso de indeterminación temporaria del sujeto.

El tratadista Dr. Busso, respeta la opinión de Alfredo Orgaz pero no está de acuerdo con ella y adhiere al principio en que se funda el concepto de la personalidad sustentado por el codificador en el artículo 70, que le permite afirmar que todo derecho supone la existencia de un sujeto. El derecho aunque este "reservado" a alguien, implica la existencia de un titular actual de dicha reserva, que es en sí un derecho subjetivo.

El autor señala que la disputa acerca de si el concebido es persona o no, reviste un interés doctrinario ya que en la práctica la mayoría de las legislaciones que niegan personalidad al nasciturus le reconocen derechos especiales para lo cual se valen de la ficción

tradicional de que a esos efectos se le tiene por nacido.

Se hace mención del Proyecto de 1936 que mantiene el sistema del código de Vélez Sársfield, declarando existente la personalidad a partir del momento de la concepción, y de lo que establece el Anteproyecto Bibiloni, que la capacidad comienza con el nacimiento.

d) Guillermo Borda⁴⁰⁹

Según este autor, como desarrollaremos en extenso más adelante, la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno (art. 70 CC), subordinada al nacimiento con vida, por consiguiente, aún antes del nacimiento, el ser debe considerarse persona. Esta posición no es la de la mayoría de las legislaciones extranjeras, para las cuales la existencia comienza desde el nacimiento. La cual solo es una posición más teórica que práctica

El autor considera que la solución del Código es la más acertada ya que vida y persona son conceptos inseparables.

e) Jorge Llambías⁴¹⁰

En su obra Jorge Llambías expresa que en nuestro derecho se reconoce la existencia de la personalidad humana desde la concepción del ser en el claustro materno. Así lo dice el art. 70 del Código Civil: *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”* El art. 63 del mismo Código declara: *“Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”*.

Vélez Sarsfield adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia, aunque substancialmente, el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser.

Esto explica satisfactoriamente por qué se castiga el aborto premeditado como un delito incriminado por el art. 85 del Código Penal y por qué en los países en que existe la pena de muerte se suspende la ejecución de las mujeres encintas hasta después del alumbramiento. Freitas desarrolla un argumento en la nota al art. 221 de su esbozo. El juriconsulto brasileño se apartó del sistema general del Derecho Romano, según el cuál se ubica el momento inicial de la existencia el día de su nacimiento. Vélez aceptó el punto de vista de Freitas y adelantó el momento

⁴⁰⁹ Borda, Guillermo (Ver cita completa en Bibliografía).

⁴¹⁰ Llambías, Jorge Joaquín. (Ver cita completa en Bibliografía).

inicial de la vida humana, para el derecho, hasta cubrir el período de la concepción.

LLambías cita al Dr. Orgaz como corriente opuesta a su pensamiento y dice que ha criticado el Sistema del Código sosteniendo que no está de acuerdo con el concepto de persona humana *“alude al hombre solo después del nacimiento, cuando ha adquirido vida individual y autónoma”*. Nos dice que el sujeto debe ser autónomo de cualquier otro cualquiera y no le resultan concluyentes los argumentos de Freitas aceptados por Vélez Sarsfield en su nota al art. 63 del Código para alterar el comienzo. Piensa que ese razonamiento parte del equívoco de asimilar la vida humana con la persona humana. *“Desde la concepción hay vida humana, pero solo desde el nacimiento hay persona, porque solamente desde este momento se dan aquellas notas características”*.

f) Augusto C. Belluscio y Eduardo Zannoni⁴¹¹

En la obra de Código Civil y Leyes Complementarias. Comentada, anotada y concordada de los Dres. Augusto C. Belluscio y Eduardo Zannoni, en su tomo 1, en el Título III; “De las personas por nacer”, nos dicen que lo establecido en el art. 63 del CC: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno habría sido extraído por nuestro codificador de Freitas y alguna legislación anterior al Código Francés, como por ejemplo el de Prusia. Frente a esto reconoció la identidad ente vida humana y personalidad jurídica. Este artículo ha sido a través de los años objeto de críticas como la del Proyecto Bibiloni, en el cual se dice que no debería existir. Asimismo nos dice que no es persona una tercera clase de persona ni una futura, sino una de existencia visible (Salvat). Estamos también de acuerdo que según este articula la capacidad del nasciturus podría reducirse según lo que reza el precepto pero la tendencia actual es de extender aún más la capacidad a otros supuestos por analogía.

Referido al artículo 70 del CC sobre el tema del comienzo de la existencia de las personas, están de acuerdo que el principio legal sería el del momento de la

⁴¹¹ Código Civil y Leyes Complementarias comentado y anotado. (Ver cita completa en Bibliografía).

concepción en el seno materno. Estos autores hacen un recorrido por las fuentes romanas, Savigny, legislación comparada, que no se trataré en este capítulo por ser materia de otros dentro de este trabajo. Si mencionaremos que hace hincapié en el tipo de condición que se genera en el nacimiento con vida, ya que el código establecería una condición resolutoria y no suspensiva como en las legislaciones europeas que habrían seguido la del derecho romano.

Tanto el Dr. Orgaz cuanto el Dr. Cifuentes critican esta decisión del codificador.

Según estos autores: *“Determinar la época de la concepción tiene importancia desde distintos puntos de vista: a) para determinar la legitimidad o ilegitimidad de la filiación; b) para fijar el derecho que se puede tener a una sucesión; c) para saber si puede considerarse adquirente de bienes por donación; d) es indispensable, por último, para determinar si el hijo de la mujer viuda, que se ha casado contraviniendo la prohibición de hacerlo dentro de los diez meses posteriores al fallecimiento del marido, pertenece al primero o al segundo matrimonio.”*

g) Alberto Bueres y Elena I. Highton de Nolasco⁴¹²

En la Obra de Código Civil comentado de los Dres. Bueres y Highton se recepta en el tema y art. 70 del CC: Principio De existencia Jurídica de la persona, la opinión del cordobés Dr. Enrique Banchio, la cual se expresa que estas disposiciones están inspiradas en Freitas y en el Código Prusiano, concordante con la del art. 70, establece de modo explícito que la existencia de la persona humana comienza desde el momento de la concepción en el seno materno.

El régimen jurídico del *nasciturus* implica una previa valoración del concebido como ser humano. Conforme los arts. 63 y 70 de nuestra legislación Civil, el comienzo de la existencia del *nasciturus* (biológicamente configurada por la fusión cromosomita de las células germinales) coincide con el principio de su personalidad jurídica, resultando irrelevante- como estableceremos más adelante-

⁴¹² Código Civil y Normas Complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial. (Ver cita completa en Bibliografía).

que la fecundación se haya producido in corpore (en el claustro materno) o in Vitro (fecundación extracorpórea o ectogenética).

Frente a las dificultades para determinar un momento exacto y uniforme con respecto a la producción de la división celular, que puede variar de doce a cuarenta y ocho horas, se ha dejado de considerar a la reproducción como “un suceso” o “momento” para estimarla como un verdadero “proceso”. Ante esto Bueres dice que el instante preciso y uniforme referido al surgimiento del Ser humano deviene estéril. Ante ese variable término de horas, el cigoto, en estado de pro núcleo no es un ser humano al carecer de material genético propio. Habrá vida humana, sostiene Bueres, pero esa masa vivificada que es el preembrión no justificaría el otorgamiento de la personalidad.

Según Banchio, Savigny ha sostenido en su obra Sistema del Derecho Romano actual, la denegación de Subjetividad en el nasciturus, fingiéndolo nacido al sólo efecto de reservar los derechos que le acuerda la ley, bajo la condición suspensiva de su nacimiento. La personalidad jurídica, o calidad de sujeto de derecho, se alcanza con el nacimiento con vida. Esta opinión, fundamentada en la Teoría de la Ficción como desconocimiento de la naturaleza humana del concebido representa la ficta asimilación del concebido a la calidad de nacido al solo efecto formal de la atribución de derechos bajo condición suspensiva (que nazca con vida), implica el desconocimiento de su naturaleza humana y la negación de su subjetividad cuando le priva de capacidad para ser titular de tales derechos, en modo actual y eficaz.

h) Aída Kemelmajer de Carlucci^{413 414}

Nos dice la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci que los cambios que impulsa la reforma del Código Civil de Vélez en materia de fertilización asistida abren la discusión sobre el comienzo de la vida, la identidad biológica y la igualdad ante la ley de los hijos, más allá del modo en que sean concebidos.

⁴¹³ Kemelmajer de Carlucci, Aída - Marisa Herrera - Eleadora Lamm. (Ver cita en Bibliografía).

⁴¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída. (Ver cita completa en Bibliografía).

La denunciada "asimetría" en la determinación del comienzo de existencia de la persona humana -según sea anidada en el cuerpo de la mujer o según el embrión haya sido creado in vitro- no es tal, por las siguientes razones: en la filiación biológica o por naturaleza, el embarazo se produce en el cuerpo de la mujer y allí comienza la protección de los derechos de esa persona; en cambio, cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona comienza con "la implantación del embrión en la mujer".

i) Juan Carlos Palmero⁴¹⁵

Nos expresa el Prof. cordobés de Derecho Civil, Dr. Juan Carlos Palmero que la norma introducida por el Código de Vélez en el artículo 51 definiendo la persona física, tuvo sus críticas, pero que él la considera muy acertada y valiosa ya que los avances tecnológicos y científicos de nuestros días, con la aparición del genoma humano, parece que lo convalidan. Dicho precepto al hablar de la condición de humanidad facilita la respuesta al interrogante de *cuando comienza la existencia de la persona física*, a la luz del debate abierto en el derecho moderno en torno a la naturaleza jurídica del embrión (corpóreo o extracorpóreo), que aún dentro de nuestro Código que le reconoce un valor ontológico al *nasciturus* como persona por nacer (artículo 70 del CC) genera profundas divergencias. Ellas giran en torno a si debe tomarse como punto de partida la fecundación o si debe hacerse desde el momento de la anidación o implantación en el útero materno. Es darle una significación técnica al concepto de *concepción* y diferenciar el proceso de gestación. El Dr. Palmero opina que el proceso es único e indivisible y comienza al momento de la fecundación y concluye con la muerte, no debiendo el derecho distinguir donde no lo hace la naturaleza. La ciencia ha demostrado que al momento de la fecundación se produce la transmisión de todas las características propias de un ser humano y su sexualidad debiendo por lo tanto defendérselo jurídicamente desde ese instante.

⁴¹⁵ Palmero, Juan Carlos. (Ver cita completa en Bibliografía).

Con los temas desarrollados en esta parte del trabajo hemos vislumbrado que aún dos milenios después, la controversia permanece entre nosotros, y es objeto de reñidos debates, donde a pesar de haber cambiado actores, y escenarios, la esencia de los postulados básicos del Derecho Romano se mantienen en relación a este complejo asunto.

g) Bibliografía

- Borda, Guillermo. **Tratado de Derecho Civil, Parte General I**. Novena Edición, Actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, octubre de 1987, págs. 244 y ss
- **Código Civil y Leyes Complementarias comentado y anotado**. 2º reimpresión. Tomo 1 (Arts. 1 a 239). Director: Belluscio- Coordinador: Zannoni. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires, Buenos Aires.
- **Código Civil y Normas Complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial**. Alberto Bueres (Dirección)- Elena Highton (Coordinación)
- **Códigos Universitarios. Código Civil de la República Argentina. Leyes Complementarias**. Lexis Nexis- Abeledo Perrot. Edición 2006.
- SALVAT, Raymundo M. **Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General**. Editoria TEA. Bs. As. 1964
- SPOTA, Alberto G. **Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Parte General. Vol.3**. Ed. Desalma. Bs. As. 1949
- BUSSO, Eduardo B. **Código Civil Anotado. Tomo I. Ley-Personas. (Arts.1 a 158)**. EDIAR. Compañía Argentina de Editores. S.R.L. Bs. As. 1949

4. Mención jurisprudencial⁴¹⁶

⁴¹⁶ Elementos aportados por el abogado Nicolás Borello.

Partiendo de la base del principio de existencia que trae el art. 63 del código civil, por el cual se estableció como principio la regla que admite la personalidad del concebido, y por ello lo llamó “persona por nacer”, han surgido consecuencias patrimoniales que debieron ser resueltas por la jurisprudencia. Vaya aquí, solamente a los efectos ilustrativos porque la serie de casos es extensísima, una breve, brevísima, mención de jurisprudencia.

a) Temas de derecho civil

-CNCiv., Sala I, 1999/12/03, La Ley, 2001-C, 824 - JA, 2000-III-630 - ED, 185-412.

En el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica .

-Adla, XLIV-B, 1250. (Jfed. C.).

La concepción se produce al momento de la fertilización, y desde ese instante hay vida humana, conforme lo determinado por los arts. 63y 70 del Cód. Civil y al art. 4° apartado primero de la Convención de los derechos del niño.

-CNCiv. Sala C, 1982/03/02, La Ley, 1983-A, 580, J. Agrup. Caso 4886 - ED, 98-660).

Admitido que la persona por nacer puede adquirir algunos derechos como si hubiera nacido (art. 70, C.C.), que el hijo concebido es capaz de suceder (art. 3290, C.C.), que tiene lugar la representación a su respecto (art. 64, C.C.), y que el embarazo se tiene reconocido por la simple declaración de la madre (art. 65, C), aun cuando no se encuentre justificado el vínculo con el causante, como no se podrá suscitar pleito alguno sobre la filiación del no nacido hasta después del nacimiento (art. 67, C.C.), resulta razonable admitir su intervención en el sucesorio de autos, con el objeto de posibilitar el contralor por parte de la madre de los

trámites que se cumplan en estas actuaciones, y de proteger mediante las medidas que correspondan los presuntos derechos de su representado, sin perjuicio de lo que los demás herederos invoquen y ella aporte para justificar el vínculo en la etapa procesal oportuna.

b) Temas laborales.

La regla tiene también su trascendencia laboral, no solamente en materia de protección del embarazo y de la maternidad, sino en cuanto hace específicamente a la existencia de un *nasciturus*. Porque el art. 208 de la ley de contrato de trabajo 20.744 regula la extensión de la licencia por maternidad conforme dos parámetros: La antigüedad en el empleo y la existencia de cargas de familia. Los mismos que toma el art. 247 para establecer el orden de prelación de los despidos en los casos de fuerza mayor o falta drástica de trabajo sin culpa del empleador. Ahora bien, la pregunta es: ¿La persona por nacer, constituye una “carga de familia”, o no? Si nos atenemos al texto del código civil, tienen personalidad desde la concepción, pero igualmente si no naciese con vida se consideraría como si jamás hubiese existido. La cuestión resulta entonces opinable, de ahí que los pronunciamientos jurisprudenciales sean divergentes.

-C.N.A.T. S.III. S.D. 88.180 del 11/10/2006. Exp. 14.573/2005. “RODRIGUEZ MAGGIO, María Belen c/STAFF GROUP S.A. s/diferencias de salarios”. (P.-G.).

Al tratarse de una trabajadora embarazada, la actora tenía derecho a gozar de licencia paga por enfermedad por el plazo de seis meses conforme lo dispone el art. 208 LCT, ya que el hijo por nacer debe ser considerado una carga de familia. El concepto de carga de familia a que se refiere la citada norma debe ser entendido con un criterio realista y amplio, pero aún cuando se partiera desde una perspectiva más restrictiva, no cabe duda que aquél comprende al grupo familiar primario, el cual está constituido por los hijos y el/la cónyuge del trabajador (conf. art. 9, inc. a) de la ley 23.660). El hijo por nacer está “a cargo” de la mujer embarazada y su existencia determina mayores erogaciones, lo cual justifica la

prolongación del lapso de licencia paga. A partir del momento en que la trabajadora asume su embarazo, el salario está destinado a sostenerla económicamente no sólo a ella sino también al hijo en gestación.

-Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, 27/02/2004, "Z., N. A. c. Formatos Eficientes S.A.", LA LEY 2004-C, 606 - IMP 2004-A, 1090 - TySS 2004, 437.

-El concepto de carga de familia a que se refiere el art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, t.o. 1976-238) debe ser entendido con un criterio realista y amplio, por ello no existe motivo para excluir de tal universo al hijo por nacer ya que es obvio que éste desde todo punto de vista está "a cargo" de la mujer embarazada y su existencia determina mayores erogaciones, lo cual justifica la prolongación del lapso de la licencia paga

-De acuerdo a lo previsto en el art. 208 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) corresponde extender el plazo máximo de licencia por enfermedad inculpable con goce de haberes, toda vez que la trabajadora se halla embarazada y percibiendo asignación familiar por prenatal.

-Es improcedente extender el plazo máximo de licencia con goce de haberes prevista en el art. 208 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) si la actora se encuentra embarazada y cobra la asignación prenatal, pues el hijo en gestación aunque tenga existencia como persona viva, no es una carga de familia que permita ampliar dicha licencia. (del voto en disidencia del doctor de la Fuente).

N) INSTRUMENTACIÓN DE LOS CONVENIOS SOBRE NACIMIENTOS⁴¹⁷

1. Introducción

Ante el trastocamiento vertiginoso de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse y de incorporar nuevas conductas sociales al amparo de la ley, la cual debe delimitarlas correctamente para que el sistema jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta integral a los nuevos esquemas conductuales y de valores que se integran al cuerpo social.

Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida.

Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos la maternidad subrogada, que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser.

En el supuesto jurídico en que el Estado contemplara la reproducción asistida, como medio de actualizar el derecho de organización y desarrollo de una familia, sería pertinente cuestionarnos en qué sentido debiera regularse e instrumentarse el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, pues para esto debe contemplarse las consecuencias que cada una de ellas encierra, y en particular la llamada maternidad subrogada.

⁴¹⁷ Por el prof. Jorge Fabián Villalba.

Dentro de los aspectos principales considerados por el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial para la República Argentina la Filiación asoma con importantes cambios. En cuanto a los modos se aceptan tres: por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción. Es la segunda la que nos interesa.

La “voluntad procreacional” es el eje sobre el cual se apoya la filiación asistida, con prescindencia del origen del material genético. El vínculo jurídico no surge de la naturaleza (lo genético), sino de la voluntad de los futuros padre y madre de someterse a las técnicas referidas.

Este consentimiento debe ser previo, informado, libre y formal (ante escribano público) e irrevocable. No se admite impugnación posterior ni reclamación alguna.

El nacido carece de acción hacia quien aportó el material genético sin “voluntad procreacional”. Se permite averiguación, con autorización del juez, con razones fundadas.

2. Desarrollo de la cuestión y cuestiones importantes en torno a la instrumentación. La madre subrogada.

La situación presupone una mujer que da a luz un niño con el objeto de entregarlo a la pareja que se lo encargara previamente. En cuanto a los mecanismos, una mujer puede ser portadora, lo que implica aceptar que se le transfiera un embrión fecundado *in vitro* el cual es ajeno a la misma y ha sido concebido con los gametos de la pareja que encarga el niño, atento a tener dificultades la mujer para asumir la gestación; o puede acudir al procedimiento más frecuente que consiste en inseminar a una mujer con el esperma del marido de la mujer estéril; la madre subrogada asume plenamente el papel de madre, puesto que el niño es suyo desde el punto de vista biológico y gestacional; ella no se limita a llevarlo en su seno y darle a luz, sino que el niño ha sido concebido gracias a su propio aporte genético.

En cuanto a la contratación y su forma, este tipo de contratos se hacen en general por dinero y la madre gestante se obliga a entregar el niño al finalizar el

embarazo a la pareja que la contrató para que sea reconocido por el padre biológico y en su caso adoptado por la contratante. En el presente contrato nos encontramos con la presencia de una pareja que aporta el material genético y una mujer que acepta ser implantada.

No obstante, cabe destacar, la presencia del embrión implantado en la mujer gestante. Respecto de dicha mujer, sabemos por un lado, es beneficiada al colaborar con el desarrollo y crecimiento del embrión (ya sea por cumplir con un fin puramente altruista o por una contraprestación económica), y por el otro debe desprenderse del niño con el cual estableció lazos físicos y afectivos durante los meses de embarazo. Respecto del embrión implantado, corresponde determinar si es sujeto gravado o beneficiado, ya que por un lado recibe la potencia de la vida al ser implantado en el vientre de una mujer que tiene aptitudes físicas para llevar adelante su cuidado y desarrollo, generándose entre ellos un vínculo afectivo y físico, que será interrumpido al momento del alumbramiento, ya que la madre gestante en su acuerdo se comprometió a entregar al niño a los progenitores. En consecuencia, es sujeto beneficiado respecto de la potencia de la vida, pero gravado ante la imposibilidad de recibir la lactancia de su madre gestante (salvo que esté permitido en el acuerdo) y la ruptura de todo vínculo o contacto con ella después del alumbramiento (a menos que esté permitido un régimen de visitas).

En principio el camino seguido para arribar al acuerdo es la negociación entre sus protagonistas; los móviles que llevan a la pareja a este tipo de acuerdo es su intención y deseo de ser padres, en tanto en la mujer gestante pudo existir un fin altruista en caso de que ante el deseo y necesidad profunda de ser padres de la pareja se haya solidarizado ofreciendo su cuerpo como instrumento para llevar a cabo la gestación del hijo tan ansiado y esperado; en tanto y en cuanto en los supuestos en que haya existido una contraprestación en dinero por el uso de su vientre, se puede detectar un fin más egoísta y utilitario. Pero es posible, que en determinados casos, la ruptura del acuerdo se debe a la ausencia de voluntad de la madre gestante de entregar el niño a los progenitores, o en el deseo de interrumpir el embarazo, o en la negativa de recibir el niño por los progenitores, se desprende que el acuerdo recayó sobre un objeto material (embrión - niño)

respecto del cual es imposible realizar transacciones, ya que ante el disenso, se detecta la mediatización del ser humano y la afectación del valor justicia. En estos supuestos, se produce una disociación entre la madre gestante y la biológica, requiriéndose determinar a cuál de las dos verdades se les dará mayor importancia, al parto o al material genético.

En cuanto a la naturaleza del Contrato el acuerdo engendra obligaciones de hacer: recibir la implantación del gameto fecundado, llevar adelante la gestación del mismo, someterse a controles médicos periódicos, llevar una vida saludable, etc., motivo por el cual podría encuadrarse en una locación de servicios. Pero el corolario de estas obligaciones de hacer lo constituye una obligación de dar: entregar el niño a sus progenitores; en este caso la figura más a fin lo constituye la locación de obra. De la prevalencia dada a una de estas actividades, será la tipificación del contrato como una u otra figura, o se proclamara su atipicidad. Puede que la madre gestante se arrepienta del acuerdo celebrado e incumpla con su obligación de dar. La solución que se de a este problema dependerá de la postura que tome cada ordenamiento normativo en torno a la validez o nulidad de este tipo de acuerdos. Es incuestionable que los contratos de maternidad subrogada deben ser declarados nulos por las leyes, pero si aún así se celebran y se cumplen se debe resolver en función de la ley para moralizar o resolver en interés del menor.

La doctrina argentina concuerda en afirmar que los *contratos de maternidad por otro*, o maternidad por sustitución, son *nulos*; ya sea que la contratante aporte sus propios óvulos o que el óvulo sea de una extraña atento a que viola el orden público, posee un objeto fuera del comercio, tiene tintes de inmoralidad, desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas.-

Nuestro ordenamiento normativo no contempla de manera expresa el supuesto de maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro. En consecuencia, se desprende que todo contrato de maternidad subrogada sería nulo por su objeto.

La jurisprudencia ha otorgado diferente valor a los convenios de maternidad por sustitución, en general la jurisprudencia americana ha sido más flexible a su

admisión mientras que la francesa se ha mantenido en una firme postura invalidatoria.

Una solución al problema que plantea la maternidad subrogada, respecto de la discordancia biológico-jurídica en la determinación de la maternidad, se plasma en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, que en el párrafo final de su Art. 543 dispone “...*La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita*”. Aquí hay una coincidencia entre el Código Civil vigente, en tanto la determinación de la maternidad se produce por el hecho del parto.

Esta practica de maternidad subrogada ya sea de una u otra forma, se realiza a diario y más de lo que el común de la gente imagina, por lo que nos obliga a los protagonistas del derecho a reclamar y tratar de aportar soluciones para encontrar respuestas normativas, inspirada en el valor justicia, pero consagrando el interés del menor por nacer, en todo el ámbitos de los derechos que se le puedan reconocer.

3. Modelos de Instrumentos

a) Texto original y principales cláusulas de los contratos de alquiler de vientre en la India:

Exámenes médicos psicológicos y físicos: la mujer gestante y su marido se comprometen a someterse a los exámenes físicos y psicológicos solicitados tanto a criterio del médico tratante, como a pedido de madre y padre genético; renunciando a la confidencialidad de los resultados de los mismos. Tales pruebas, susceptibles de ser múltiples, podrán realizarse desde el momento anterior a la transferencia e implantación hasta luego del nacimiento del niño. Se incluye también las relativas a determinar la filiación genética (ADN). Asimismo se otorga el derecho a los padres genéticos de asistir a cada visita médica, como así también de estar presente al momento del alumbramiento.

Abstinencia de relaciones sexuales: en el contrato la madre subrogante se compromete a no tener relaciones sexuales con nadie desde el primer día de

su ciclo menstrual antes de la transferencia del embrión y hasta que se confirme el embarazo.

Mantenimiento del embarazo: durante este periodo la mujer gestante debe cumplir todas las indicaciones dadas por el médico tratante de la técnica y obstetra -recordando que ambos deben ser designados con la aprobación de padre y madre genético-, las que incluyen horarios de estudios prenatales, consumo de medicamentos y vitaminas, realización de ecografías en presencia de la otra parte, y toda otra prueba que se crea conveniente como por ejemplo ensayos de consumo de nicotina y drogas, enfermedades de transmisión sexual e infecciosas. Expresamente se incluyen procedimientos médicos invasivos tales como: aquellos destinados a conocer los posibles defectos genéticos o congénitos del feto, pruebas genéticas. Las instrucciones médicas pueden incluir ecografías frecuentes, reposo, abstinencia de relaciones sexuales, administración de medicamentos por vía oral o inyectable durante periodos prolongados, entre otros aspectos.

Otras obligaciones sobre estilo de vida: Existen otras conductas que se compromete a asumir la mujer gestante, como el informe cada dos semanas de la evolución del embarazo, o de las preocupaciones que puedan surgir durante el embarazo. También se somete a ciertas prohibiciones sobre el estilo de vida que debe llevar adelante: absteniéndose de practicar deportes o actividades cuando lo recomiende el médico u obstetra, realizar viajes al exterior sin previo aviso a los padres genéticos, aplicar tinte de cabello, consumir productos que contengan cafeína, realizarse perforaciones, acupuntura o tatuajes, ingerir hierbas medicinales, sacarina u otros edulcorantes artificiales, permanecer próxima a limpiadores, pesticidas y otros aerosoles, abstenerse de realizarse cirugías cosméticas, etc.

Muerte de los padres comitentes: el contrato contempla la posibilidad de muerte de los padres que encargaron al niño y en ese caso se designa una tercera persona que se haga cargo de la custodia del niño.

Entrega del niño y renuncia a la patria potestad: llegado a término el embarazo, el niño nacido debe ser inmediatamente entregado a los padres

genéticos, como así también la custodia sobre el mismo, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad y absteniéndose de hacer cualquier tipo de contacto con los padres genéticos y/o sus familiares, como de intervenir en la crianza del menor gestado.

Asunción de riesgos y liberación de responsabilidades: excepto que algunas cláusulas específicas del contrato, la madre subrogante y su marido asumen todos los riesgos médicos, financieros y psicológicos y liberan a los padres genéticos, sus abogados, el médico y otros profesionales involucrados en el acuerdo, de cualquier responsabilidad legal, salvo en caso de mala praxis.

Obligación de dar muerte al niño en gestación (aborto): la mujer gestante deberá someterse a una práctica abortiva a pedido de los padres genéticos, en el caso que el niño presente alguna anomalía mental o física; también en caso de existencia de más de dos niños (interrupción selectiva); y cuando a criterio del médico tratante su salud se encuentre amenazada. La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para ella.

Aborto selectivo: como a la mujer se le pueden transferir hasta tres embriones, el contrato contempla la posibilidad de abortar a alguno de ellos si todos se implantan, para reducir el número de niños que nacerán. Si la madre subrogante rechaza este aborto, se considera que es una violación del contrato, siempre que el médico compruebe que la salud de la gestante no está en peligro.

Peligro de vida en la mujer gestante: el contrato fija una suma determinada y precisa para la indemnización que asumen los padres genéticos en caso de muerte de la mujer subrogante.

Rescisión del contrato: en caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la mujer gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria fallidos -realizados durante un año-, para poder poner fin al contrato.

Incumplimiento: en caso de incumplimiento a las cláusulas del contrato o realización de conductas distintas a las estipuladas, la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos -y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos-; y se constituye además en responsable de todos los gastos

dinerarios en que hubieren incurrido madre y padre genético incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones.

b) Maternidad subrogada y modelo de Contrato en México:

Este acuerdo es celebrado el día__de_____, 19__ por y entre_____(Después llamados "Madre Genética y Padre Genético" o colectivamente como "Padres Genéticos") y_____(después llamada "Portadora del Embrión").

Las partes saben que la Maternidad Subrogada es un área nueva e incierta de la ley y que este acuerdo puede ser anulado en todo o en parte como contrario al orden público.

I. PROPÓSITO E INTENTO

El sólo propósito e intento de este acuerdo es proporcionar los medios por los cuales_____, Padre Genético, fertilice In Vitro un óvulo de su esposa_____, Madre Genética, Para transferir e implantar en_____, Portadora del Embrión, quien está de acuerdo en llevar el óvulo / embrión a término y abandonar la custodia del niño nacido, conforme este acuerdo, a sus padres genéticos, _____.

II. REPRESENTACIONES

_____ y_____ representan que ellos son un Matrimonio, cada uno mayores de 18 años, que desean entrar en este acuerdo. _____ y_____ en demasía representan el absoluto discernimiento de que son respectivamente capaces de producir semen y un óvulo(s) de naturaleza suficiente para fertilizar in Vitro y subsecuentemente transferir en_____, Portadora del Embrión, pero no hacen representaciones acerca de la habilidad o capacidad de concebir de_____, llevar a término o dar a luz a un niño. _____ representa que es una mujer casada, mayor de 18 años, y que desea entrar en este acuerdo por las razones que declaró y no para

que ella misma se convierta en la madre de cualquier niño concebido por _____ y _____, partes en este acuerdo. _____ en demasía representa que conoce perfectamente que es capaz de llevar un óvulo / embrión a término.

III. SELECCIÓN DE MÉDICOS Y CONSEJERO

A. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión seleccionarán conjuntamente el (los) Médico(s) que examinarán a la Portadora del Embrión, orden y repaso médico y pruebas de sangre para los Padres Genéticos, Portadora del Embrión y el Marido de la Portadora, y ejecutar procedimientos FIV, seleccionarán a un Doctor para hacer la revisión y ejecutar los procedimientos FIV (fecundación In Vitro).

B. El doctor del parto será el Médico Responsable o el OBGYN (Ginecobstetra) regular de la Portadora del Embrión, cualquiera que las partes conjuntamente elijan.

C. En cualquier momento que los Padres Genéticos consideren adecuado, seleccionarán en conjunto con la Portadora, a un especialista de la esterilidad para designarlo doctor Responsable.

D. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión seleccionarán conjuntamente a un psicólogo para la comprobación previa del Procedimiento FIV y aconsejar durante el embarazo. Las partes han seleccionado a _____ (el "consejero responsable") en _____, que está afiliado con _____.

IV. EVALUACIONES FÍSICAS

A. La Portadora del Embrión tendrá un examen médico, de sangre y otras pruebas y comprobación psicológica como haya sido determinado por los Padres Genéticos y sus consejeros _____ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información que obtuvo como resultado del examen/comprobación a _____ y _____.

B. El marido de la Portadora del Embrión se someterá a pruebas de sangre y de enfermedades de transmisión sexual (ETS) como determine el Médico Responsable. _____ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información obtenida como resultado del examen/comprobación a _____ y _____.

C. Los Padres Genéticos tendrán pruebas de sangre y ETS como determine el médico responsable. _____ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información obtenido como un resultado de examen/comprobación a _____ y _____.

V. CONDICIONES

Las obligaciones de todas las partes bajo este acuerdo (diferentes de la obligación de los Padres Genéticos de rembolsar a la Portadora del Embrión por gastos en que incurrió) se sujetan a las siguientes condiciones:

A. La aprobación de los Padres Genéticos y sus consejeros de los resultados de las pruebas y exámenes realizados en la Portadora del Embrión.

B. La aprobación de la Portadora del Embrión y el Médico Responsable de los resultados de las pruebas ETS realizadas a los Padres Genéticos.

VI. INSTRUCCIONES MÉDICAS

A. _____ está de acuerdo en adherir a todas las instrucciones médicas que se le dé, incluso la abstención de comunicación sexual como señale el médico FIV. _____ está de acuerdo en seguir un traslado y examen prenatal médico en el horario que atiende el médico.

B. La Portadora del Embrión no fumará, no beberá bebidas alcohólicas, no usará drogas ilegales, ni medicamentos no prescritos o medicamentos prescritos sin aprobación del médico responsable.

C. La Portadora del Embrión sufrirá exámenes médicos prenatales dirigidos por el médico responsable, quien la someterá a otras pruebas médicas, y tomará sólo drogas o vitaminas recomendadas o prescritas por el médico responsable.

D. La Portadora del Embrión hará todo lo apropiado para cuidar su salud y la del feto durante el embarazo.

E. La Portadora del Embrión no se comprometerá en cualquier actividad arriesgada o impropia durante el embarazo.

F. La Portadora del Embrión no viajará fuera de _____ después del segundo trimestre de embarazo, excepto en el evento de enfermedad extrema o muerte en la familia (con aprobación de los doctores).

VII. PROCEDIMIENTOS FIV

Es la intención de las partes hacer lo siguiente:

A. Probar el número de ciclos recomendados por el Médico Responsable, pero parará en cualquier momento que el médico recomiende detener.

B. Transferir un máximo de ___ embriones por ciclo.

VIII. TERMINACIÓN TEMPRANA DEL ACUERDO

Antes de que la Portadora del Embrión se embarace, el acuerdo podrá terminarse:

A. Por los Padres Genéticos, si la opinión del Médico Responsable es que la Portadora del Embrión no volverá a embarazarse sino dentro de ____ ciclos.

B. Por los Padres Genéticos, si el médico Responsable o el consejero determina que esa Portadora del Embrión no es una buena candidata para llevar a cabo este acuerdo.

C. Por los Padres Genéticos o la Portadora del Embrión, si la Portadora del Embrión no se ha vuelto a embarazar después de ____ ciclos.

D. Por la Portadora del Embrión, si el Médico Responsable determina que los Padres Genéticos no son buenos candidatos para llevar a cabo este acuerdo.

E. A discreción de los Padres Genéticos o la Portadora del Embrión.

En el evento de terminación temprana, los Padres Genéticos serán responsables por los costos en que incurrió la Portadora del Embrión a la fecha de la terminación.

IX. TERMINACIÓN DEL EMBARAZO

Las partes reconocen a esa Portadora del Embrión el Derecho Constitucional a abortar o no abortar el embarazo, sin embargo las partes pactan lo siguiente:

A. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión están de acuerdo en no abortar el embarazo, excepto para preservar la vida de la Portadora del Embrión.

B. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple.

X. NACIMIENTO.

A. Situación.

La Portadora del Embrión dará nacimiento en _____ en _____.

B. Noticia del nacimiento.

La Portadora del Embrión notificará a los Padres Genéticos tan pronto como realice su tarea, de manera que éstos puedan ir a verla al hospital. Los Padres Genéticos piensan estar en el hospital y estar presente durante el parto.

C. Responsabilidad por el niño.

Los Padres Genéticos serán Responsables por cualquier niño nacido, sea saludable o no. La Portadora del Embrión renuncia al derecho de hacer decisiones médicas con respecto al niño después del nacimiento.

D. Niño nacido con severos defectos. Si el niño nace con defectos tan serios que esa vida requiere equipos para sostenerse y el médico recomienda que el niño no se mantenga en ese equipo o no resucite, los Padres Genéticos harán la decisión. Si la Portadora del Embrión discrepa entonces será responsable por el

niño desde ese momento, y los Padres Genéticos no tendrán más responsabilidad.

E. Nombre.

Los Padres Genéticos nombrarán al niño.

XI. RENUNCIA/ADOPCIÓN.

La Portadora del Embrión abandonará la custodia física del niño a los Padres Genéticos en el nacimiento. La Portadora del Embrión y los Padres Genéticos cooperarán en todos los procedimientos para la adopción del niño por los Padres Genéticos.

XII. PRUEBA DE PATERNIDAD.

La Portadora del Embrión, su marido y los Padres Genéticos están de acuerdo en que el niño tendrá prueba de paternidad, si los Padres Genéticos lo requieren.

XIII. DESPUÉS DEL CONTACTO DE NACIMIENTO.

A. La Portadora del Embrión puede ver al niño mientras esté en el hospital, pero el niño estará bajo el cuidado de los Padres Genéticos desde el nacimiento en adelante.

B. Después de que los Padres Genéticos tomen al niño del hospital, la Portadora del Embrión y su Marido estarán de acuerdo en no tratar de ver o contactar al niño. Los Padres Genéticos piensan guardar para la Portadora del Embrión información para enviar, una foto y una carta sobre el progreso del niño por lo menos una vez al año, si así lo desea la Portadora del Embrión. La Portadora del Embrión está de acuerdo en que será bastante razonable si el niño hace preguntas sobre su madre de nacimiento.

XIV. CONSEJEROS.

A. Sesiones de consejeros.

Es la intención de las partes que la Portadora del Embrión asistirá a por lo menos ___ sesiones del consejero por mes, con el Consejero Responsable en _____ durante el embarazo. Es también la intención de las partes que la Portadora asistirá a más sesiones del consejero si:

I. La Portadora del Embrión quiere asistir a las sesiones;

II. Los Padres Genéticos quieren que la Portadora asista a las sesiones; o

III. Se recomienda fuertemente por el Consejero Responsable que la Portadora del Embrión asista.

La Portadora del Embrión hará razonables esfuerzos por asistir a las reuniones, pero no se la castigará por no asistir a ellas si no se siente bien.

B. Discordancias.

Las partes señalan que si tienen discordancias entre ellos, estando incapaces de resolver rápidamente, o hay asuntos que quieren determinar ante una tercera parte, discutirán las discordancias o asuntos en una conferencia o reunión bajo la dirección del Consejero Responsable. Las partes reconocen que el Consejero Responsable es muy experimentado en materias de arrendamiento de útero y están de acuerdo en ser guiados por sus recomendaciones.

XV. HONORARIOS, REEMBOLSO, SEGURO Y OTROS GASTOS.

A. Honorarios de la Portadora del Embrión.

1. Los Padres Genéticos están de acuerdo en pagar a la Portadora del Embrión, como compensación por sus servicios, la suma de \$ _____. Se pagará la compensación en 10 cuotas iguales mensuales; se pagan las primeras después de que el embarazo se confirma.

2. En el caso de un embarazo múltiple, los Padres Genéticos están de acuerdo en pagarle una suma extraordinaria a la Portadora del Embrión de _____ por niño adicional. La paga extraordinaria que se retribuye aumentará los honorarios del original de \$ _____ y desembolsos en cuotas iguales mensuales.

3. Los Padres Genéticos abrirán una cuenta y pondrán todos los honorarios en ella antes de que los procedimientos FIV empiecen. Se autorizará desembolsar

fondos de la cuenta para el pago del honorario del abogado de los Padres Genéticos (sección XV, parte uno, párrafo uno y dos).

4. La Portadora del Embrión recibirá los honorarios del total pactado (sección XV, parte uno, párrafo uno y dos), con tal que lleve al niño(s) por lo menos 32 semanas.

5. En el evento que se mande hacer una cesárea en el nacimiento solo o múltiple, se le pagará \$ _____ adicionales a la Portadora del Embrión.

6. Los Padres Genéticos pondrán \$ _____ en la cuenta mencionada considerada (v) para pagar cualquier gasto médico no cubierto por el seguro.

7. Por un ciclo completo que no da por resultado un embarazo, se pagará una suma de \$ _____ a la Portadora del Embrión.

B. Terminación del Embarazo.

1. Si la Portadora del Embrión aborta (por ninguna falta de ella misma) o se aconseja por el Médico Responsable que un aborto es necesario para salvar su propia vida, entonces el pago planeado perfilado en la sección XV, parte uno, cesará y todos los pagos a la fecha pertenecerán a la Portadora del Embrión. Cualquier gasto médico no pagado o no reembolsado será de la responsabilidad de los Padres Genéticos.

2. Si la Portadora del Embrión aborta el embarazo por que no se dirigió como se lo ordenó el Médico Responsable y los Padres Genéticos, estos últimos no tendrán responsabilidad alguna por honorarios del arrendamiento o gastos por otra cosa que la Portadora del Embrión haya incurrido en esa fecha.

C. Seguro.

1. Los Padres Genéticos serán responsables por el seguro de vida del término para la Portadora del Embrión.

2. La póliza se traerá antes del primer ciclo de FIV y quedará en efecto hasta dos meses después del parto o término del embarazo. Costará aproximadamente \$ _____ el precio de \$ _____ al contado, cantidad del seguro. Los beneficiarios serán la Portadora del Embrión y su Marido.

D. Consejero

1. Los Padres Genéticos son responsables por los costos del control psicológico para la Portadora del Embrión.

2. Los Padres Genéticos son responsables por los costos de consejería para la Portadora del Embrión en una cuota mensual de \$_____.

3. Los Padres Genéticos son responsables por hasta 5 sesiones de consejería para la Portadora del Embrión con el Consejero Responsable después del nacimiento, si es requerida.

E. Pagos médicos.

1. Los Padres Genéticos son responsables por los costos razonables de control médico para la Portadora del Embrión, el marido de la Portadora, la Madre Genética y el Padre Genético.

2. Los Padres Genéticos son responsables por todos los costos médicos relacionados con la concepción, embarazo y nacimiento no cubierto por el seguro médico.

3. La póliza médica de seguro de la Portadora del Embrión será la cobertura del seguro primaria por costos médicos relacionados con el embarazo y nacimiento.

4. Si un especialista médico para embarazos de alto riesgo es recomendado por el Médico Responsable y no cubierto por el seguro, los Padres Genéticos serán responsables por todos los costos relacionados.

F. Honorarios de los abogados.

Los Padres Genéticos son responsables por los honorarios del abogado de la Portadora del Embrión, para revisar el contrato, así como con todo lo relacionado con el procedimiento de adopción.

G. Otros pagos.

1. Reembolso por gastos de cuidado del niño relacionado con la Portadora del embrión por visitas a la doctora. (\$_____/ Hr. o _____/ por día en la noche anterior del cuidado).

2. Reembolso por gastos de viaje a \$___por milla por carro, venta de boletos de una aerolínea, y hotel en relación con visitas al doctor o visitas del consejero.

3. *Auxiliador de la casa: los Padres Genéticos proporcionarán \$_____por semana (pago mensual de antemano) en el caso de embarazo múltiple o embarazo de alto riesgo en el que el Médico Responsable requiere que la Portadora del embrión debe estar en reposo o reducir drásticamente su actividad.*

4. *Vestuario de maternidad: \$_____.*

5. *Nacido muerto.*

Los Padres Genéticos serán responsables por cualquier entierro o gastos de la cremación.

6. *Los Padres Genéticos no son responsables por cualquier cargo o costo a menos que conste por este acuerdo.*

XVI. OTROS GASTOS.

A. Publicidad / Confidencialidad.

1. *La Portadora del Embrión no publicará información sobre los Padres Genéticos o sobre este arreglo a los medios de comunicación, a menos que los Padres Genéticos aprueben el descubrimiento.*

2. *Los Padres Genéticos no descubrirán información sobre la Portadora del Embrión o sobre este arreglo a los medios de comunicación, a menos que la Portadora del Embrión apruebe el descubrimiento.*

B. Muerte de Madre Genética o Padre Genético antes del nacimiento del niño(s).

1. *Si el Padre Genético muere antes de que el niño nazca, se pondrá con la Madre Genética como la madre del niño, y todos los términos de este acuerdo continuarán.*

2. *Si la Madre Genética muere antes de que el niño nazca, se pondrá con el niño con el Padre Genético como el padre, y todos los términos de este acuerdo continuarán.*

3. *Si ambos, Padre y Madre Genéticos mueren antes de que el niño nazca, han escogido a _____ para estar como guardián de él y tomar custodia a su nacimiento.*

4. En el evento de la muerte de ambos, la Madre Genética y el Padre Genético, _____ será responsable por todos los gastos relacionados con el arrendamiento.

XVII. ARBITRAJE.

Por cualquier tipo de disputas referidas a este acuerdo, la brecha será resuelta por arbitraje en _____, _____ de acuerdo entonces con las reglas presentes de la Asociación del Arbitraje Americana, cualquier Corte tiene jurisdicción en esto. Los costos de arbitraje, incluso abogado, los pagará razonablemente la parte que designó el Árbitro o Corte. Puede una parte ya sea dimitir o abandonar el alegato antes de oír Sentencia, la otra parte, en todo caso, podría permanecer como parte.

Ambas partes deben recibir el juicio o premios en sus demandas respectivas, la parte en cuyo favor el juicio sea favorable o se da premio, "Prevalece la parte".

XVIII. FIRMAS.

Este acuerdo asegurará al beneficio de y liga de las partes, sus herederos, representantes personales, sucesores y asignatarios. EN AUSENCIA DE TESTIGOS, las partes han ejecutado este acuerdo en la fecha que sigue a continuación.

Datado este ___ día de ___, 19__ a _____, _____ por: _____, Portadora del Embrión por: _____, Padre Genético por: _____, Madre Genética.

c) Maternidad Subrogada y Aplicación de los Métodos de Reproducción Asistida en Kazajstán. Contrato de la maternidad subrogada:

El contrato de la maternidad subrogada tiene que formalizarse por escrito, con el debido cumplimiento de la legislación civil de la República de Kazajstán y ser autorizado obligatoriamente por un notario. La firma del contrato de la maternidad subrogada otorga la patria potestad y las obligaciones paternales y

maternales hacia el niño de los cónyuges (solicitantes), que haya nacido como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Simultáneamente con la firma del contrato de la maternidad subrogada, los cónyuges (los solicitantes) tienen que formalizar un contrato de servicios con la entidad médica para la aplicación de los métodos y técnicas de reproducción asistida.

El contrato de la maternidad subrogada tiene que contener los siguientes puntos:

Los datos personales de los cónyuges y de la madre subrogada; las condiciones y forma de pago de gastos de la manutención de la madre subrogada; los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de las partes en caso de incumplimiento de las condiciones del contrato; la cuantía y forma de pago de las compensaciones, otras condiciones, incluidas las causas de fuerza mayor.

Los requisitos para las madres subrogadas: La mujer que desea convertirse en madre subrogada tiene que tener entre veinte y treinta y cinco años, gozar de un buen estado de salud física, psíquica y reproductiva, comprobado por el certificado de una entidad médica, y tener un niño propio sano; en el caso de que la madre subrogada esté oficialmente casada, en el momento de la firma del contrato de la maternidad subrogada, tendrá que presentar el consentimiento del cónyuge por escrito firmado ante un notario; la entidad médica que aplicará los métodos de la reproducción asistida, tendrá la obligación de realizar un informe médico completo sobre los métodos que se van a aplicar, describiendo detalladamente qué material biológico se va a emplear, si es el material procedente de los propios cónyuges, que solicitan al niño o de un banco de donantes; un ejemplar de este informe médico se adjuntará al contrato de la maternidad subrogada, autorizado por el notario, que se conservará en el lugar donde se llevo a cabo la firma del contrato. Los derechos y las obligaciones de las partes firmantes del contrato de la maternidad subrogada. Los cónyuges (solicitantes) que suscriban el contrato de maternidad subrogada tendrán las siguientes obligaciones: asumir los gastos de la revisión médica de la madre subrogada; asumir los gastos, relacionados con la aplicación de los métodos de la

reproducción asistida; presentar a la entidad médica que aplique los métodos de reproducción asistida informes médicos sobre el estado de la salud física psíquica, junto con los resultados de la evaluación médico-genética; asumir los gastos relacionados con la atención médica de la madre subrogada durante el embarazo, el parto y durante los cincuenta y seis días siguientes al parto. En caso de las complicaciones en el embarazo o parto, asumir los gastos de la asistencia médica durante los setenta días siguientes al parto.

La madre subrogada, firmante del contrato de la maternidad subrogada, tendrá las siguientes obligaciones: facilitar a los solicitantes un informe médico sobre su estado de salud física, psíquica y reproductiva; llevar un calendario de visitas médicas regulares, siguiendo rigurosamente sus indicaciones y recomendaciones; informar a los solicitantes, con las que haya firmado el contrato de la maternidad subrogada, sobre el desarrollo del embarazo con la periodicidad establecida en el acuerdo firmado; entregar al niño nacido a las personas con las que haya firmado el contrato de la maternidad subrogada. La madre subrogada no tendrá derecho a entregar al niño a otras personas.

En caso de que la madre subrogada tenga un empleo estable, la decisión sobre la continuación de la actividad laboral se tomará mediante el mutuo acuerdo de las partes firmantes del contrato de la maternidad subrogada.

Tras la aplicación de los métodos de reproducción asistida, la madre subrogada será responsable del embarazo, objeto del contrato de maternidad subrogada y tendrá la obligación de excluir la posibilidad de un embarazo natural.

La decisión sobre la gestación en caso de un embarazo múltiple se tomará mediante el mutuo acuerdo de las partes firmantes del contrato de maternidad subrogada.

Aplicación de los métodos auxiliares de reproducción asistida. La aplicación de los métodos auxiliares de la reproducción asistida se permite en mujeres casadas o solteras que hayan alcanzado la mayoría de edad y tengan un buen estado de salud física, psíquica y reproductiva, confirmado por el certificado de una entidad médica.

La mujer que lleva a cabo la gestación y parto de un niño como resultado de la aplicación de los métodos auxiliares de la reproducción asistida, incluida la utilización del esperma de un donante, se considerará como madre biológica del niño.

En caso de nacimiento del niño como resultado de aplicación de los métodos auxiliares de reproducción asistida, los datos de los padres se inscribirán de acuerdo con las normas, establecidas en el presente Código.

Las consecuencias legales del contrato de maternidad subrogada o de la aplicación de métodos auxiliares de reproducción asistida.

En base al contrato de la maternidad subrogada, los cónyuges (solicitantes), se considerarán como padres del niño nacido como el resultado de aplicación de los métodos auxiliares de reproducción asistida.

En caso de que tras la aplicación de los métodos auxiliares de reproducción asistida, o de acuerdo con el contrato de maternidad subrogada, nazcan dos o más niños los cónyuges (solicitantes) adquieren el mismo grado de la responsabilidad sobre cada uno de los niños nacidos.

La esposa (la solicitante), firmante del contrato de maternidad subrogada, se figurará como madre del niño nacido en el certificado médico de nacimiento.

La renuncia de los cónyuges (solicitantes) de hacerse cargo del niño nacido se tramitará de acuerdo con la normativa vigente, tras la inscripción de su nacimiento en el Registro correspondiente.

En caso de que los cónyuges (solicitantes) firmantes del contrato de maternidad subrogada o que hayan otorgado su consentimiento para la aplicación de los métodos auxiliares de la reproducción asistida, renuncien al niño nacido, se les denegará el derecho a reclamar a la madre subrogada la devolución de los medios gastados.

En caso de que los cónyuges (solicitantes) firmantes del contrato de la maternidad subrogada renuncien al niño, la patria potestad sobre éste se asignará a la madre subrogada, si así lo desee. Si la madre subrogada renunciara al niño, la patria potestad sobre el menor correspondería al estado.

En caso de que los cónyuges (solicitantes) renuncien al niño, y la patria potestad sea asumida por la madre subrogada, los cónyuges tienen que abonar una compensación económica a la madre subrogada, cuya cantidad y forma de pago estén previstas en el contrato firmado.

En caso de divorcio de la pareja de los cónyuges (solicitantes), ambos cónyuges asumirán la responsabilidad sobre el niño nacido como consecuencia del contrato de maternidad subrogada que habían suscrito.

En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges (solicitantes), el cónyuge vivo asume la responsabilidad sobre el niño, nacido como consecuencia del contrato de la maternidad subrogada.

En caso de fallecimiento de ambos cónyuges (solicitantes) y de renuncia de sus familiares cercanos de adoptar al niño nacido, éste puede ser entregado a la madre subrogada, si así lo desee. El niño pasará a la tutela del estado en caso de que la madre subrogada renuncie sus derechos sobre el niño.

La entrega del niño a la madre subrogada o a la tutela de los organismos públicos no cancela sus derechos de heredero de los cónyuges (solicitantes).

El contrato de maternidad subrogada se considerará nulo si tras su firma y en el periodo de tiempo estipulado por sus cláusulas no se aplicarán los métodos auxiliares de reproducción asistida.

En caso de que la madre subrogada tras firmar el contrato de maternidad subrogada quede embarazada de forma natural, el contrato perderá su validez y la madre subrogada tendrá la obligación de reembolsar todos los gastos de solicitantes generados hasta el momento como consecuencia del contrato de maternidad subrogada.

d) Modelo para Donación de Esperma

El abajo firmante (nombre completo) con DNI. N° ..., expedido enfecha y domicilio en

Manifiesta:

Que de forma libre y voluntaria desea ser donante de semen.

Que con plena capacidad y habiendo estado informado de los fines y las consecuencias de este acto, de acuerdo con lo que dispone la legislación sobre

técnicas de reproducción asistida, hace donación de espermatozoides al Institut Marqués del Vallés.

Que conoce y acepta que su semen se utilizará o podrá utilizarse para técnicas de reproducción asistida.

Que esta donación se realiza de forma voluntaria, gratuita y secreta, teniendo este documento carácter de contrato entre él, como donante y el Institut Marqués del Vallés.

Que ha estado suficientemente informado de los aspectos jurídicos, éticos, biológicos y legales de este acto, de acuerdo con la ley 35/88 sobre técnicas de reproducción asistida y los reales decretos 412 y 413/1996.

Que la donación se mantendrá anónima y que los datos referidos a los donantes serán custodiados en el máximo secreto, bajo llave, en el Institut Marqués del Vallés.

Que se adoptarán las medidas oportunas y se velará para que de sus donaciones no nazcan más de seis hijos.

Que si por motivos o circunstancias extraordinarias en que estuviera en peligro la vida del hijo, hubiese que desvelarse la identidad del donante, esto no implicaría en ningún caso la determinación legal de la filiación.

Que no oculta ni cambia ninguna información solicitada por el banco de semen, y que por lo tanto certifica su veracidad.

Que se compromete a la donación de 12 muestras de semen en el plazo máximo de 6 meses a partir de la fecha, respetando la abstinencia sexual previa que se le indique.

Que se compromete a comunicar cualquier cambio en su estado de salud, especialmente si este le puede afectar como donante de semen.

Que se compromete a realizar los análisis solicitados por el banco hasta un mínimo de seis meses después de su última donación.

Que ha sido informado que en caso de incumplimiento de las normas, en caso de cambio importante en la calidad en la muestra de semen o por alteraciones en la analítica, podrá ser dado de baja como donante.

Fecha

Firma del Donante

Firma del médico

4. Bibliografía.

- ARROYO AMAYEHUELAS, Esther. **La protección del concebido en el Código Civil**, Cuadernos Civitas, 1992.
- AZÚA REYES, Sergio T. **Teoría general de las obligaciones**, 5a. ed., México, Porrúa, 1997.
- BANDA VERGARA, Alfonso. "**Dignidad de la persona y reproducción humana asistida**". *Revista de Derecho*, Concepción, Chile, vol. IX, diciembre de 1998.
- BARBERO SANTOS, Mariano. "**Ingeniería genética y reproducción asistida. Consideraciones jurídico penales**". *Revista Jurídica Veracruzana*, Veracruz, México, t. XL, núms. 53-54, abril-septiembre de 1990.
- BARRAGÁN C., Velia Patricia. "**La reproducción humana asistida: marco jurídico**". *Revista Ius*, Durango, México, núm. 3, diciembre de 1991.
- BASTIEN, Daniel. **Pays-Bas: Une pratique tolérée sous conditions**. En: *Les Echos*. París: 20 de abril de 2009.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, **Obligaciones civiles**, 3a. ed., México, Harla, 1996.
- CARMONA VALENCIA, Salvador. **Derecho constitucional mexicano, a fin de siglo**. 4a. ed., México, Porrúa, 1995.
- CASADO, María. "**Aspectos bioéticos y biojurídicos de la reproducción asistida**". *Revista Derecho y Opinión*, núm. 3-4, Córdoba, España, 1995-1996.
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. **Convenios conyugales y familiares**. 2a. ed., México, Porrúa, 1991.
- CHEMIN, Anne. **La France se dirige vers la législation de la pratique de mères porteuses**. En: *Le Monde*. París: 27 de Junio de 2008.
- CID, Alberto. "**Técnicas de reproducción humana asistida**". *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Uruguay, año XI, núm. 13, mayo de 1998.

- CISNEROS FARIAS, Germán. **La voluntad en el negocio jurídico**. México, Trillas, 2000.
- COFRE SIRVENT, Jorge. "**Reproducción asistida y Constitución**". *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7, 2001.
- COSSARI, José Manuel. **El embrión de probeta**. Reus, 1987.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Derecho de las Personas**. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- FLUME, Werner. **El negocio jurídico, Parte General del Derecho Civil**. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Tomo II. Cuarta edición. España: Fundación Cultural del Notario, 1998.
- FREEMAN, M. David. **Técnicas de reproducción asistida**. Granica, 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Teoría general de los contratos**. 8a. ed., México, Porrúa, 1996.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio. "**La reproducción asistida en derecho español: Elementos subjetivos activos**". *Revista Derecho y Opinión*, Córdoba, España, núm. 1, diciembre de 1993.
- GASTÓN GÓMEZ, Bernardo. "**Algunas consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida y derecho de familia**". *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, núm. 28, julio de 1993.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid, Marcial Pons, 1994.
- GONZÁLEZ TREFIJANO, Pedro José. "**Algunas reflexiones jurídico - constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida**". *Revista de Derecho Político*, núm. 26, Madrid, 1988.
- GREENBERG, Lisa y HIRSH, Harold. "**Surrogate motherhood and artificial insemination: contractual implications**". *Medical Trial Technique Quarterly*, Illinois, copyrights by Callaghan and Company, 1985.
- GUERRA DÍAZ, Diana. **Cómo afrontar la infertilidad**. Barcelona, España, Planeta, 2000.

O) EL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO⁴¹⁸

1. Comienzo de la existencia de la persona humana

a) El nacimiento

El proyecto de unificación de los códigos civil y comercial, introduce una nueva forma de comienzo de la existencia. El aún vigente cuando se escribe este capítulo, código de Vélez Sársfield, fija que la existencia humana comienza con la concepción. Esta definición queda chica, o no abarca en su totalidad las situaciones que pueden darse en la actualidad respecto al comienzo de la vida. El proyecto de reforma podría atacar la postura que ata el comienzo de la vida a la concepción teniendo en cuenta otras teorías que son parte de discusiones científicas actualmente vigentes, como son la anidación del óvulo en la pared del útero, el comienzo del desarrollo del cerebro, etc., pero no lo hace, mantiene a la concepción en el seno materno como el medio natural para el comienzo de la existencia haciéndolo extensivo en el caso de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, dando un importante paso hacia el reconocimiento legislativo de una posibilidad científica muy real en nuestros días. El defecto de esta definición es que no regula qué sucede con los embriones que no son implantados en la mujer, de lo que se deriva que esos embriones no son persona. ¿Qué son?, no lo sabemos, ¿cosas? Así las cosas, entes objetivamente idénticos tienen o no personalidad jurídica dependiendo, en definitiva, del lugar donde se encuentren o fueron colocados.

Textualmente, el nuevo artículo reza:

Art. 19: *“Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida.”*

⁴¹⁸ Por los ayudantes alumnos Paula Bertone y Mauro Bologna, dirigidos por el Dr. Juan Carlos Ghirardi. Cabe hacer una aclaración, es un tema novedoso y altamente polémico, sobre el cual muchos (por no decir todos) de quienes nos formamos bebiendo del código de Vélez tenemos posición tomada. Precisamente por ello el Director ha preferido dejarlo en manos de dos estudiantes muy próximos a graduarse, quienes están en mejores condiciones de abordarlo sin preconceptos. Al fin de cuentas serán ellos, y otros jóvenes como ellos, los que convivirán y enseñarán el nuevo código, si éste finalmente se convierte en ley.

Respecto a los derechos del *nasciturus*, el proyecto de reforma no los menciona explícitamente como lo hace el Código actual en el artículo 70: “(...) *antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido(...)*” pero sí los incluye entre los efectos del nacimiento con vida, diciendo que sus derechos y obligaciones quedan irrevocablemente adquiridos, al par que a su vez mantiene la presunción del nacimiento con vida.

Dice el artículo 21 del proyecto: “*Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.*”

En relación a los plazos del embarazo, mantiene los *maximum* y *minimum* del código de Vélez Sársfield, esto es un máximo de 300 días de duración y un mínimo de 180 días, aunque agrega la exclusión del día del parto.

Con respecto a los medios de prueba del nacimiento, el proyecto mantiene la esencia del código actual, con una redacción diferente, más clara y más acorde a los tiempos que vivimos, eliminando la posibilidad de probar por medio de registros de las parroquias y remitiendo específicamente a las partidas de nacimiento, documentos que se encuentran plenamente vigentes. Nuestra actual legislación hace referencia en el artículo 80 a los “*certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos, que para tal fin deberán crear las Municipalidades, o por lo que conste de los libros de las parroquias, o por el modo que el Gobierno Nacional en la Capital y los Gobiernos de Provincia determinen en sus respectivos reglamentos.*”

Dice el proyecto en su artículo 96: “*Medio de prueba. El nacimiento ocurrido en la República, sus circunstancias de tiempo y lugar, el sexo, el nombre y la filiación de las personas nacidas, se prueba con las partidas del Registro Civil. Del mismo modo se prueba la muerte de las personas fallecidas en la República. La rectificación de las partidas se hace conforme a lo dispuesto en la legislación especial.*”

Cuando trata los medios de prueba de nacimientos ocurridos en el exterior, sucede lo mismo, se mantiene la esencia, actualizando los términos y haciendo

mención, a su vez, de las convenciones internacionales a las que la República adhiere, inexistentes en la época de la redacción de nuestro actual código.

b) Parentesco y filiación

En las disposiciones generales del título IV, que es el que se ocupa del parentesco, el proyecto es claramente didáctico y define no solo lo que es éste, sino además qué son los grados, las líneas, el tronco, la manera de realizar el cómputo del parentesco, etc. Es en el primero de los artículos de este capítulo, el 529, en el que se define al parentesco como: *“(...) el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad (...)”* A su vez, para que quede clara la intención de poner en un pie de igualdad las diferentes causas de la relación de parentesco, sigue diciendo: *“(...) Las disposiciones de este código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican solo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral.”*

En el artículo 534, el proyecto incorpora una clasificación de los hermanos inexistente en nuestro actual código. Se trata de los hermanos bilaterales y unilaterales, siendo los primeros los que comparten ambos padres y los segundos quienes comparten uno solo.

Es en el título V, cuando el proyecto se ocupa de la filiación. En esta materia, se proponen grandes cambios respecto a la legislación actual y es, probablemente uno, si no el más, polémico de los títulos. Aparecen nuevas formas de filiación, se eliminan categorías existentes actualmente, se incorporan nuevos actores, se valoran voluntades que hoy no se tienen en cuenta, entre otras reformas. Es importante leer los fundamentos del proyecto redactado por la Comisión presidida por el Dr. Lorenzetti e integrada por la Dra. Highton de Nolasco y la Dra. Kemelmajer de Carlucci que, específicamente en este título, alega haber tenido ocho principios o ideas fuerza en la redacción de este título, ellos son:

- 1 Principio del interés superior del niño.

2 Principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales.

3 Derecho a la identidad y, por consecuente, a la inmediata inscripción.

4 La mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación.

5 El acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica.

6 La regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo.

7 Derecho a gozar del progreso científico y de su aplicación.

8 Derecho a fundar una familia y no ser discriminado en el acceso a ella.

En este título se ha, de alguna manera, “acomodado” la legislación referente a la legislación para que sea acorde a la última modificación de la ley de matrimonio civil, que data de 2010, la cual reconoció la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, aparece por primera vez la técnica de reproducción humana asistida, con su propia regulación que deriva en una nueva forma de filiación. Respecto a ello, aparece la voluntad procreacional como rectora de las relaciones de parentesco, perdiendo relevancia la persona de quien aportó el material genético por no tener ésta aquella voluntad.

Nuevamente el proyecto resulta didáctico y pone de manifiesto, quizás de manera redundante, la igualdad entre personas nacidas de manera natural, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o adoptadas. Es así que establece en su artículo 558: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida puede ser matrimonial o extramatrimonial.*

La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. ”

Probablemente en miras a la igualdad de los ciudadanos y en el afán de quitar de la persona la carga de ser diferente a otra sólo por la forma en que vino a la vida, es que el artículo 559 establece que las Partidas de Nacimiento no deben especificar si la persona nació dentro o fuera del matrimonio, si lo hizo por medio de técnicas de reproducción asistida o si fue adoptada.

Textualmente el artículo dice: *“El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.”* Esto se encuentra explicado en los fundamentos del proyecto, que aclaran que se establecen tres tipos de filiación, por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Así, estas tres son diferentes respecto a la causa fuente y al sistema de acciones pero no respecto a sus efectos. De esta manera, afirma, se “evita cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo filial.”

Por último, el proyecto de código dedica un capítulo especial a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Es en este marco en que regula el consentimiento en las técnicas a utilizar, la voluntad procreacional y específicamente la filiación en caso de gestación por sustitución. Respecto a esto, establece en su artículo 562 que, siempre mediando el consentimiento previo, libre, informado y ajustado a las disposiciones especiales, *“(…)La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial (...).”*

En el final del capítulo, el proyecto prevé, a su vez, lo que sucede con los embriones que aún no han sido implantados en el vientre materno en caso de muerte de uno de los comitentes. Ante este supuesto, establece la regla general que, de implantarse el embrión en la mujer, no se creará entre la persona nacida como consecuencia de dicha implantación y el comitente fallecido ningún vínculo de filiación. La excepción a esta regla es el caso en el que quien ha fallecido

hubiera dejado asentado en un testamento o en el documento que prevé el art. 560 (instrumentación del consentimiento de quienes se someten al uso de técnicas de reproducción humana asistida) su voluntad expresa de que se realice la implantación, y que la misma se realice dentro del año siguiente al deceso.

2. Gestación por sustitución

Siguiendo con el análisis del proyecto de nuestro nuevo código civil sometido actualmente a tratamiento por el Congreso de la Nación, se establece, entre otras “novedosas”⁴¹⁹ regulaciones, la posibilidad de la *gestación por sustitución*.

Concretamente, el artículo que regula este instituto, de aprobarse el proyecto, es el 562 que dispone:

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

*La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la **prueba** del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el **consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial**.*

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;*
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;*

⁴¹⁹ El término “novedosas” no es ni elogioso ni peyorativo. Simplemente debe ser interpretado literalmente. En nuestro derecho civil, esta regulación es novedosa.

f) la gestante no ha recibido retribución;

g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces;

h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Ahora bien, hasta el momento, según lo ha establecido Vélez Sársfield, son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno⁴²⁰. El agregado que hace el Proyecto “o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida⁴²¹” al tratar el comienzo de la existencia humana, es toda una novedad para nuestro sistema, que resulta imprescindible analizar.

¿Qué es la gestación por sustitución?

Ante todo podemos decir que es una técnica de reproducción humana asistida, que suele designarse bajo distintos títulos: subrogación de vientre, vientre de alquiler, alquiler de útero, maternidad subrogada, etc.

Lo cierto es que tal como lo plantea el proyecto, lo correcto es hablar, en propiedad, de gestación por sustitución, entendiendo por tal el proceso al que se somete una mujer para dar a luz a un bebé ajeno.

Se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no sólo jurídicos, sino también éticos y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano “*mater semper certa est*”, consagrando que la madre es siempre cierta. Esta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer

⁴²⁰ Código Civil de la Nación Argentina, art. 63.

⁴²¹ Artículo 19 del Proyecto de Código Civil consultado el día 25 de octubre de 2012 en la página, http://www.bcconsultores.com.ar/faca/documentos/Anteproyecto_CODIGO_CIVIL.pdf.

extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto⁴²².

Ahora bien, que sea una novedad entre nosotros, no implica que sea realmente lo propio en la Historia de la Humanidad. Si miramos hacia atrás en ella veremos que el hijo por encargo es un fenómeno transhistórico y transcultural. Una prueba de cuán antigua es la práctica se refleja en el relato bíblico del Génesis, donde leemos la tradicional historia de Abraham, quien preñó a su sierva Agar, porque su esposa Sarah era incapaz de engendrar un hijo. En la Antigüedad romana, la maternidad sustituta aseguraba la renovación de las generaciones, por lo común amenazada por la infertilidad y la mortalidad materno-infantil. En numerosas culturas y con el fin de preservar el linaje, es usual, actualmente, la concepción de un niño por el hermano del marido infértil o por la hermana de la mujer infértil⁴²³.

Ahora bien, en los tiempos que corren, debido al uso de la procreación desvinculada de la sexualidad, la concepción de la filiación se transformó en tal grado, que el hijo ya no es necesariamente llevado en el vientre de la madre y ni siquiera debe ser concebido por ésta. Este “desorden”⁴²⁴ puede tener –y tiene– consecuencias insospechadas.

A partir del desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida puestas al servicio de la maternidad sustituta, un niño puede tener dos padres y tres madres, a saber: un padre genético (quien contribuye con su espermia) y otro social (quien lo cría); una madre genética (quien contribuye con su óvulo), otra gestacional o uterina (quien lo porta en su vientre durante nueve meses) y una tercera social⁴²⁵.

Este punto cobra vital importancia al momento de analizar cuestiones de filiación cuyas “soluciones” dadas por el proyecto ya han sido comentadas, como

⁴²² http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf, consultado el 25 de Octubre de 2012.

⁴²³ COHEN AGREST, Diana. **¿Qué piensan los que no piensan como yo?** (Ed. Sudamericana S.A., Buenos Aires, 2008) pág. 229.

⁴²⁴ Nuevamente empleando la palabra en su sentido literal. Con “desorden” queremos significar precisamente que no se sigue el orden que la naturaleza había diseñado para la procreación.

⁴²⁵ Op. Cit. Pág. 233

así también el derecho a la identidad de la persona por nacer. El proyecto del nuevo código civil adopta una postura, al menos y en principio, llamativa y cuestionable que desarrollaremos en el siguiente apartado al tratar el derecho a la información en las técnicas de reproducción humana asistida.

3. Derecho a la información en las técnicas de reproducción humana asistida

En los fundamentos del proyecto encontramos, entre sus principios rectores y en lo que respecta a las modificaciones introducidas al régimen de las relaciones de familia, el del *código para una sociedad multicultural*. Es en este sentido que se incorporan las técnicas de reproducción humana asistida, en un intento más por regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

Cuando tratamos el derecho a la información en este tipo de técnicas, debemos estar muy atentos a que, si bien el derecho a la información de aquellos que decidan valerse de ellas es importante, y de hecho el proyecto lo regula de una manera contractualista muy simple, más debiera preocuparnos, -sobre todo considerando el eje rector de la presente investigación, el *nasciturus*-, el derecho a la información de aquél que nace como consecuencia de la aplicación de las mencionadas técnicas, y que es, nada más y nada menos que una nueva persona humana.

Vayamos por orden. En primer término, el proyecto es claro, la primera parte del artículo 562 ya citado, establece que el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, además de ajustarse a lo previsto por el código y la ley especial, es requisito para que éstas puedan llevarse a cabo. Por lo tanto, siendo todos los intervinientes personas capaces cuya voluntad no esté viciada, y siendo conscientes del tipo de tratamiento al que se van a someter, los riesgos que puedan existir, y el procedimiento que ha de seguirse, una vez consentido el acto, en principio no existiría óbice para su continuación.

Ahora bien, ¿y el derecho a la información del *nasciturus*? Esta persona por nacer, que si bien no es parte interviniente *ab initio* en el acto, es el objeto y la finalidad del mismo, no puede, por obvias razones prestar ningún tipo de consentimiento. Sin embargo, no puede desconocerse que, una vez nacida tiene derecho a saber quién es y de dónde viene, dos cuestiones básicas que hacen a la identidad de todo ser humano. ¿Debiera esta frase estar en modo afirmativo o hacerse entre signos de interrogación?

Nos explicaremos: existe una tendencia reciente a distinguir el derecho al origen del derecho a la identidad. El proyecto no es ajeno a ello. En efecto, de una manera muy sutil pero clara, da cuenta de la diferencia. Lo que hace el proyecto es asimilar el derecho a la identidad con la inmediata inscripción del recién nacido en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas. Y al momento de referirse al derecho al origen, los fundamentos expresan: “(...) se reconoce el derecho de las personas nacidas de este modo a obtener *información médica* sobre los donantes *en caso de riesgo para la salud*, sin necesidad de intervención judicial. La *identidad del donante*, en cambio, puede ser develada cuando se invocan otras *razones debidamente fundadas*, que deben ser evaluadas por la autoridad judicial (no ya administrativa) en atención a los intereses en juego⁴²⁶. (...)”, agregando también: “(...) A su vez, la persona nacida de estas prácticas *no tiene acción contra quien aportó el material genético, mas no tuvo voluntad procreacional*⁴²⁷. (...)”, para finalizar: “(...) Se mantiene el sistema binario, o sea, nadie puede tener vínculo filial con más de dos personas al mismo tiempo; de allí que *si alguien pretende tener vínculo con otra persona, previamente debe producirse el desplazamiento de uno de ellos*. (...)”

El nuevo sistema así planteado, importa una clara escisión entre el derecho al origen y el derecho a la identidad, reduciendo el segundo a la mera inscripción y eliminando casi por completo el primero. Entendemos que la identidad puede ser forjada por el propio sujeto, que es cultural y social, pero no podemos hacerla

⁴²⁶ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, consultado el 8 de marzo de 2013.

⁴²⁷ *Op. Cit.*

prevalecer sobre la identidad genética, ambas forman un todo y así deben considerarse, de lo contrario, le estaríamos negando a la persona, en cierta medida, su calidad de tal.

En el apartado anterior, al abordar el tema filiación, se ha hecho alusión a que las partidas de nacimiento no deben especificar si la persona nació dentro o fuera del matrimonio, si lo hizo por medio de técnicas de reproducción humana asistida o si fue adoptada, entendiendo que esto es a favor del derecho a la igualdad de la persona por el sólo hecho de serlo independientemente de la forma en la que haya nacido. Sin embargo, este derecho colisiona con el derecho al origen al que nos estamos refiriendo. Desde el mismo momento de la concepción, se le está vedando a esa persona la posibilidad de saber de dónde viene. Sólo se le permite ejercitar una acción una vez alcanzada la mayoría de edad, es decir, 18 años, y en determinados casos que en definitiva quedarán a la consideración y buen criterio del juez de turno. Creemos que este es un gran punto débil de la reforma.

Continuando, se supone que la razón de estas técnicas es darle a aquellos que no pueden hacerlo por los medios naturales/tradicionales, la posibilidad de tener un hijo, para formar así, una familia. Ahora bien, ¿qué familia? ¿Cuál es la familia de esta nueva persona? ¿Quiénes son sus padres? Según el proyecto, aquellos que han tenido “voluntad procreacional”. Sin embargo, deja abierta la puerta para recurrir a quien denomina “donante” en caso de que exista riesgo para la salud en la persona nacida de éstas técnicas. Y a la hora de tratar el supuesto de develar la identidad del donante, establece que sólo será posible cuando existan “razones fundadas”. Nos preguntamos: ¿qué debemos entender por razones fundadas? Que la persona nacida de estas técnicas quiera conocer a sus padres genéticos, ¿es suficiente razón fundada? ¿Se le negará esa posibilidad aduciendo que sus padres son aquellos que han tenido “voluntad procreacional”? Y en caso de que se le reconozca la opción, ¿una de aquellas voluntades tendrá que ser desplazada en razón del sistema binario adoptado? Más aun, reconocido el derecho de conocer al donante, ¿qué sucede con ese donante al que se le había garantizado confidencialidad en su identidad y respecto de quien el mismo

proyecto establece que en ningún caso la persona nacida de estas técnicas tendrá acción alguna contra él? Creemos que lo que el proyecto intenta con esto último es eliminar la posibilidad de que el así nacido, pueda reclamar alimentos al donante. De ser así, implicaría un retroceso a la época de Vélez, donde se establecía la misma prohibición a los hijos de los sacerdotes respecto de estos últimos.

Como puede observarse, del breve análisis realizado surgen más preguntas que respuestas. Lo que es un “avance” para la ciencia, no necesariamente lo es para el derecho, el cual debe en el caso que nos ocupa, encargarse de regular situaciones impensadas y que rompen con todos los paradigmas establecidos. Ciertamente que prohibir no es la solución, pero la regulación debiera ser más favorable a aquél que es la razón de ser de toda la transformación. No podemos aceptar que en razón de un vínculo contractual, una persona vea negado su derecho humano al origen⁴²⁸.

5. Conclusión

El lector atento habrá notado distintos puntos de vista a lo largo del desarrollo del capítulo. A los autores esto no ha pasado inadvertido e incluso ha generado debates no siempre conclusos en el equipo. Esto, lejos de ser un problema para la investigación, es un reflejo de lo que el proyecto que hemos analizado genera. Intentando, el mismo, enlazar situaciones de la realidad tan encontradas entre sí, el resultado no podría ser otro. Fuertes voces a favor y en contra se han alzado al respecto, en el ámbito político, religioso, en los medios de

⁴²⁸ Nota del Director: Se advierte que el tema es sumamente delicado y polémico, y quien esto escribe ha supervisado la labor de los autores del capítulo, pero sin coartar de ningún modo su libertad de expresión. Muy por el contrario, siempre aliento a que cada uno de mis colaboradores forme y exprese la propia, como una manera de alentarlos a investigar, entendiéndolo por investigación lo que es genuinamente tal, y no una yuxtaposición de párrafos tomados de diversas fuentes, que se agotan en sí mismos sin exponer conclusión alguna. Repárese en algo que para el suscripto es crucial: Si hubo, y hay, en el país una cruzada (que nadie puede dejar de compartir) buscando que cada hijo de un desaparecido en la época de la dictadura militar pueda conocer su origen real, más allá del grupo familiar al que finalmente decida integrarse. ¿Porqué no otorgar el mismo derecho a conocer el origen, a quien proviene de uno de los nuevos métodos de gestación? ¿O es que acaso tenemos ciudadanos de primera categoría y otros de segunda, que sólo importan en la medida que sirvan para satisfacer el propio deseo (respetable pero egoísta al fin) de tener hijos, sin importar el interés de quien va a ser engendrado con esa finalidad? En fin, no deseamos ingresar (tampoco nos sentimos capacitados) en el terreno de la Bioética, pero nos consideramos con todo el derecho de expresar nuestras opiniones, cosa que se ha hecho en este capítulo.

comunicación y, por supuesto en el ámbito académico. Se dice tanto que es progresista, de vanguardia, que reconoce derechos de minorías, que se adapta a la sociedad del siglo XXI como que implica cierto retroceso en la protección de importantes derechos y que ha dejado situaciones inconclusas dando lugar a una larga casuística sin ningún tipo de regulación.

El proyecto no es ley, el debate no está cerrado, y los autores, como estudiantes de derecho, no pueden desconocer la situación actual ni tampoco negar el cambio inminente. Es por esta razón que toda discusión respecto al tema debe ser bienvenida y es más que necesaria.

6. Bibliografía

En soporte papel

AAVV. **Familias iberoamericanas ayer y hoy: una mirada interdisciplinaria**, Ed. ALAP. 2008.

BIALET MASSÉ, Juan, **Lecciones de medicina legal aplicada a la legislación de la República Argentina**, Ed. La Velocidad de A. Villafañe. 1885.

COHEN AGREST, Diana. **¿Qué piensan los que no piensan como yo? (10 controversias éticas)**. Buenos Aires. Ed. Debate. 2008.

GHIRARDI, Olsen A. **La persona humana antes del nacimiento (El derecho a la continuidad de la vida)**. Córdoba. Ed. El Copista. 1991.

LÁMM, Eleonora. **Gestación por sustitución. Realidad y derecho**, en InDret, Revista para el análisis del Derecho. Se lo puede consultar también en http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

THOMSON, Judith Jarvis. **Debate sobre el aborto: cinco ensayos de filosofía moral**” Ed. Cátedra. 1992.

VÉLEZ SARFIELD, Dalmacio. “Código Civil de la Nación Argentina”. Buenos Aires. Ed Zavallía. 2010.

En internet:

Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina en, <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>. Consultada el 25 de octubre de 2012.

Fundamentos del nuevo Código Civil. Está en la página web: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>. Consultada el 25 de octubre de 2012.

Fundamentos de los cambios introducidos por el P.E.N. En <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>. Consultada por última vez el 16 de marzo de 2013.

A los autores esto no ha pasado inadvertido e incluso ha generado debates no siempre conclusos en el equipo. Ello, lejos de ser un problema para la investigación, es un reflejo de lo que el proyecto que hemos analizado genera. Intentando, el mismo, enlazar situaciones de la realidad tan encontradas entre sí, el resultado no podría ser otro. Fuertes voces a favor y en contra se han alzado al respecto, en el ámbito político, religioso, en los medios de comunicación y, por supuesto en el ámbito académico. Se dice tanto que es progresista, de vanguardia, que reconoce derechos de minorías, que se adapta a la sociedad del siglo XXI como que implica cierto retroceso en la protección de importantes derechos y que ha dejado situaciones inconclusas dando lugar a una larga casuística sin ningún tipo de regulación.

El proyecto no es ley, el debate no está cerrado, y los autores, como estudiantes de derecho, no pueden desconocer la situación actual ni tampoco negar el cambio inminente. Es por esta razón que toda discusión respecto al tema debe ser bienvenida y es más que necesaria.

6. Bibliografía

En soporte papel

AAVV. **Familias iberoamericanas ayer y hoy: una mirada interdisciplinaria**, Ed. ALAP. 2008.

BIALET MASSÉ, Juan, **Lecciones de medicina legal aplicada a la legislación de la República Argentina**, Ed. La Velocidad de A. Villafañe. 1885.

COHEN AGREST, Diana. **¿Qué piensan los que no piensan como yo? (10 controversias éticas)**. Buenos Aires. Ed. Debate. 2008.

GHIRARDI, Olsen A. **La persona humana antes del nacimiento (El derecho a la continuidad de la vida)**. Córdoba. Ed. El Copista. 1991.

LAMM, Eleonora. **Gestación por sustitución. Realidad y derecho**, en InDret, Revista para el análisis del Derecho. Se lo puede consultar también en http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

THOMSON, Judith Jarvis. **Debate sobre el aborto: cinco ensayos de filosofía moral**” Ed. Cátedra. 1992.

VÉLEZ SARFIELD, Dalmacio. “Código Civil de la Nación Argentina”. Buenos Aires. Ed Zavallá. 2010.

En internet:

Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina en, <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>. Consultada el 25 de octubre de 2012.

Fundamentos del nuevo Código Civil. Está en la página web: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>. Consultada el 25 de octubre de 2012.

Fundamentos de los cambios introducidos por el P.E.N. En <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>. Consultada por última vez el 16 de marzo de 2013.

P) INVESTIGACIÓN DE CAMPO⁴²⁹

1. Cuestionarios investigación de campo

ENTREVISTA N° 1

Instituto: Ostrera

Entrevistado: Adriana Olari- Mat. N° 26351/1

1. Un óvulo fecundado conforma un embrión, ¿es eso correcto?

-Si

2. ¿Cuándo empieza el embrión a ser persona? concretamente, ¿desde que se conforma o cuando se implanta en la pared del útero?

-Cuando se implanta en la pared del útero.

3. ¿Considera viable, bajo algún punto de vista, la interrupción del embarazo?

4. En caso de violación si considero viable la interrupción del embarazo.

5. ¿Qué opina de la interrupción del embarazo en caso de violación o cuando corre peligro la salud de la madre?

-Estoy de acuerdo en ambas teniendo siempre en cuenta la indicación médica.

6. ¿Qué opina de lo resuelto por la Corte Suprema al respecto y de lo resuelto en Córdoba acerca del aborto en caso de violación?

-Estoy completamente de acuerdo con las resoluciones.

7. ¿Qué opina del Protocolo Nacional vigente para abortos en los Hospitales Nacionales?

-Desconozco.

8. ¿Qué opina de la no aplicación de dicho protocolo en los Hospitales Provinciales?

-Desconozco.

⁴²⁹ Por la prof. Carolina Alba Capitaine, el prof. adscripto Mario Visconti Bagosevich, y las ayudantes alumnas Nadia Schiaparelli y Yamila Fioramonti, dirigidas por la Dra. Cristina Filippi.

ENTREVISTA N°2

Instituto: Sanatorio Allende

Entrevistado: Dr. Rosacher, Manuel

1. Un óvulo fecundado conforma un embrión. ¿Es eso correcto?

-Sí, es correcto.

2. ¿Cuándo comienza el embrión a ser persona? Concretamente, ¿desde que se conforma o cuando se implanta en la pared del útero?

-El embrión comienza a ser persona desde la fecundación

3. Considera viable, bajo algún punto de vista, la interrupción de un embarazo?

-Si

4. Qué opina de la interrupción del embarazo en caso de violación o cuando corre peligro la salud de la madre?

-Es relativo en cuanto sea el caso del peligro que corra la madre, en cuanto a la violación no estoy de acuerdo que se deba interrumpir el embarazo.

5. ¿Qué opina de lo resuelto por la Corte Suprema al respecto y de lo resuelto en Córdoba acerca del aborto en caso de violación?

-No estoy de acuerdo sobre ninguna de las resoluciones adoptadas.

6. ¿Qué opina del protocolo nacional vigente para abortos en los Hospitales Nacionales?

-Tampoco estoy a favor de esta solución.

7. ¿Qué opina de la no aplicación de dicho protocolo en los hospitales provinciales?

-En mi opinión, es lo correcto.

8. ¿Qué protocolo está vigente para los abortos no punibles?

-Es el poder judicial quien determina el procedimiento.

9. Sobre todo en caso de supuesta violación, ¿aceptan declaración jurada de la mujer o se debe cumplir algún otro trámite?

-Con respecto a la mujer no puede ser revisada, sin antes una solución por parte del juez que se encuentra a cargo del proceso.

10. ¿Se respeta la objeción de conciencia de los médicos?

-Todos los médicos pueden rehusarse a realizarlo.

ENTREVISTA N° 3

Instituto: Instituto Oulton

Entrevistado: Dr. Enrique Castellani.

1. Un óvulo fecundado conforma un embrión. ¿Es eso correcto?

-Sí.

2. ¿Cuándo comienza el embrión a ser persona? Concretamente, ¿desde que se conforma o cuando se implanta en la pared del útero?

-No hay nada que diga cuando uno es persona, simplemente hay etapas desde el embrión, posteriormente se es feto y luego persona.

3. ¿Considera viable, bajo algún punto de vista, la interrupción de un embarazo?

-No.

4. Qué opina de la interrupción del embarazo en caso de violación o cuando corre peligro la salud de la madre?

-Sólo en caso extremo, donde la salud de la madre corre un severo riesgo.

5. ¿Qué opina de lo resuelto por la Corte Suprema al respecto y de lo resuelto en Córdoba acerca del aborto en caso de violación?

-No comparto la resolución.

6. ¿Qué opina del protocolo nacional vigente para abortos en los Hospitales Nacionales?

-No estoy de acuerdo, sin embargo en Maternidad Nacional de Córdoba se encuentran adheridos pocos profesionales.

7. ¿Qué opina de la no aplicación de dicho protocolo en los hospitales provinciales?

-Estoy de acuerdo.

ENTREVISTA N°4

Instituto: Clínica San Jorge, Ushuaia, Tierra del Fuego.

Entrevistado: Dr. Juan José Alba Capitaine, Médico, Especialista en Pediatría, Neonatología y Epidemiología. Mat.Pvcial 211.

1. Un óvulo fecundado conforma un embrión. ¿Es eso correcto?

-Considero que sí. Al unirse el óvulo con el espermatozoide, se genera un nuevo individuo provisto de un material genético propio, el cual a pesar de contar con genes provenientes de la gameta femenina y con genes provenientes de la gameta masculina, es absolutamente distinto a ambos dos.

2. ¿Cuándo comienza el embrión a ser persona? Concretamente, ¿desde que se conforma o cuando se implanta en la pared del útero?

-Depende que se entienda por persona, lo cual a mi criterio es discutible y en último caso es arbitrario. Si se define como persona según la Real Academia Española como "Individuo de la especie humana", no hay dudas que el embrión constituye de por sí un individuo de la especie humana, no así un espermatozoide o un óvulo, por lo cual entiendo que el embrión empieza a ser persona desde la conformación a través del proceso de fecundación.

-Considero que la implantación es un fenómeno indispensable para asegurar la continuidad de la vida de dicho embrión, pero que en sí este proceso (la implantación) no implica cambio alguno en la estructura genética del mismo, y por lo tanto es un sinsentido afirmar que el embrión es persona después de la implantación y no antes.

3. ¿Considera viable, bajo algún punto de vista, la interrupción de un embarazo?

-Yo considero que sí, de hecho se producen con gran frecuencia interrupciones de un embarazo de causa natural. Como parte del proceso de evolución de las especies, la naturaleza ha provisto de mecanismos para evitar en muchos casos la continuidad de un embarazo que puede constituir un riesgo elevado ya sea para el individuo (embrión) como de su madre, o bien el de la comunidad.

-Otra pregunta a contestar, es si es ético en forma intencional interrumpir un embarazo. Yo considero que sí, que en determinadas situaciones pudiera ser

ético tomar esta decisión, si se pusiera en serio riesgo la vida ya sea del individuo, de su madre y/o su comunidad.

4. ¿Qué opina de la interrupción del embarazo en caso de violación o cuando corre peligro la salud de la madre?

-Creo que no hay dudas en el caso de que el embarazo ponga en peligro la salud de la madre. Estoy convencido que éticamente y biológicamente debe prevalecer el derecho a la vida de la madre y no del feto.

-Si bien existen reportes sobre decisiones estoicas por parte de algunas especies animales, producto de las cuales prevalece el derecho a la vida del feto por encima del de la madre, yo pienso que el estoicismo es en todo caso una virtud que se elige, o que se debería elegir en forma libre, y que de ninguna manera como comunidad podría obligar a una persona a proseguir un embarazo cuando esto represente riesgo para su propia vida.

-En el caso de la violación, además del derecho a la vida se ponen en juego además un derecho individual y un derecho comunitario. El individual el derecho a la dignidad de la mujer violada, la cual no pudiendo borrar de su historia el hecho violento de la vejación, se sentiría de alguna manera humillada al llevar en su seno al producto de dicha concepción no deseada. A nivel comunitario, aunque esto es éticamente mucho más discutible, se podría argumentar que el nuevo individuo producto de la violación podría involuntariamente llevar la misma carga genética de su padre violador, y que esto no fuera conveniente para el grupo.

5. ¿Qué opina de lo resuelto por la Corte Suprema al respecto y de lo resuelto en Córdoba acerca del aborto en caso de violación?

-No tengo mucha información al respecto, creo que la Corte Suprema debería garantizar el cumplimiento de la ley.

6. ¿Qué opina del protocolo nacional vigente para abortos en los Hospitales Nacionales?

-Creo que es un avance en nuestra legislación, y que posiblemente tenga defectos, pero es preferible que exista una normativa a que no la haya.

7. ¿Qué opina de la no aplicación de dicho protocolo en los hospitales provinciales?

-Entiendo que no son los hospitales provinciales en si mismos los que deberían garantizar la aplicación de este protocolo, sino más bien la autoridad provincial de salud en si mismo. Creo que se podrían conformar equipos de trabajo (lo cual ya ocurre por ejemplo en casos de equipos para transplantes de órganos) que actuarían cuando se presentara la solicitud de un aborto. Los mismos podrían utilizar la misma estructura hospitalaria, para lo cual el hospital debería disponer de todos sus recursos y estructura. De esta manera no sería el médico de guardia o el cirujano del turno el que tuviera que dar respuesta a la solicitud y de esta manera se evitarían los hechos de objeción de conciencia.

ENTREVISTA N°5

Instituto: Hospital Privado, Córdoba Capital.

Entrevistado: Fernando T. Médico Obstetra

1. Un óvulo fecundado conforma un embrión. ¿Es eso correcto?

-Sí.

2. ¿Cuándo comienza el embrión a ser persona? Concretamente, ¿desde que se conforma o cuando se implanta en la pared del útero?

-Cuando se implanta en la pared del útero.

3. ¿Considera viable, bajo algún punto de vista, la interrupción de un embarazo?

-Sí.

4. ¿Qué opina de la interrupción del embarazo en caso de violación o cuando corre peligro la salud de la madre?

-La madre debe tener derecho a abortar.

5. ¿Qué opina de lo resuelto por la Corte Suprema al respecto y de lo resuelto en Córdoba acerca del aborto en caso de violación?

-No sé.

6. ¿Qué opina del protocolo nacional vigente para abortos en los Hospitales Nacionales?

-No estoy enterado.

7. ¿Qué opina de la no aplicación de dicho protocolo en los hospitales provinciales?

-No sé.

8. ¿Qué protocolo está vigente para los abortos no punibles?

-No sé.

9. Sobre todo en caso de supuesta violación, ¿aceptan declaración jurada de la mujer o se debe cumplir algún otro trámite?

-Debe constatarse la violación por otros medios.

10. ¿Se respeta la objeción de conciencia de los médicos?

-Muchos médicos están en contra del aborto, más aún los católicos.

ENTREVISTA N° 6

Instituto: Hospital público en Neuquén Capital.

Entrevistado: Anónimo, Médico Cirujano

1. Un óvulo fecundado conforma un embrión. ¿Es eso correcto?

-Sí.

2. ¿Cuándo comienza el embrión a ser persona? Concretamente, ¿desde que se conforma o cuando se implanta en la pared del útero?

-Desde que se conforma.

3. ¿Considera viable, bajo algún punto de vista, la interrupción de un embarazo?

-Sí.

4. ¿Qué opina de la interrupción del embarazo en caso de violación o cuando corre peligro la salud de la madre?

-Se debería poder abortar sin tantos problemas.

5. ¿Qué opina de lo resuelto por la Corte Suprema al respecto y de lo resuelto en Córdoba acerca del aborto en caso de violación?

-No sé.

6. ¿Qué opina del protocolo nacional vigente para abortos en los Hospitales Nacionales?

-No sé.

7. ¿Qué opina de la no aplicación de dicho protocolo en los hospitales provinciales?

-No sé.

8. ¿Qué protocolo está vigente para los abortos no punibles?

-En nuestro hospital no hay uno establecido ya que como no contamos con un médico anestesista, los médicos ginecólogos nada pueden hacer, además, tampoco tenemos ginecólogos.

9. Sobre todo en caso de supuesta violación, ¿aceptan declaración jurada de la mujer o se debe cumplir algún otro trámite?

-Es muy poco sólo una declaración jurada.

10. ¿Se respeta la objeción de conciencia de los médicos?

-Sí, se respeta.

ENTREVISTA N°7

Instituto: Hospital Público en Neuquén Capital.

Entrevistado: Marcelo P., Médico Clínico.

1. Un óvulo fecundado conforma un embrión. ¿Es eso correcto?

-Sí.

2. ¿Cuándo comienza el embrión a ser persona? Concretamente, ¿desde que se conforma o cuando se implanta en la pared del útero?

-Desde que se conforma el embrión.

3. ¿Considera viable, bajo algún punto de vista, la interrupción de un embarazo?

-Sí, pero con las debidas precauciones.

4. ¿Qué opina de la interrupción del embarazo en caso de violación o cuando corre peligro la salud de la madre?

-Personalmente estoy en contra del aborto.

5. ¿Qué opina de lo resuelto por la Corte Suprema al respecto y de lo resuelto en Córdoba acerca del aborto en caso de violación?

-No estoy informado.

6. ¿Qué opina del protocolo nacional vigente para abortos en los Hospitales Nacionales?

-No sé.

7. ¿Qué opina de la no aplicación de dicho protocolo en los hospitales provinciales?

-No sé, pero es bueno que en cada lugar y más aún, cada hospital, dicte sus propias reglamentaciones atendiendo a la cultura, idiosincrasia y necesidad social de la zona.

8. ¿Qué protocolo está vigente para los abortos no punibles?

-No sé.

9. Sobre todo en caso de supuesta violación, ¿aceptan declaración jurada de la mujer o se debe cumplir algún otro trámite?

-Deberían cumplirse varios trámites, no solo una declaración jurada, podría ser mentira.

10. ¿Se respeta la objeción de conciencia de los médicos?

-Se juzga a los que no están de acuerdo.

ENTREVISTA N°8

Instituto: Hospital Naval Buenos Aires "Cirujano Mayor Pedro Mallo", Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Entrevistado: Gonzalo M., Médico Ginecólogo.

1. Un óvulo fecundado conforma un embrión. ¿Es eso correcto?

-Sí.

2. ¿Cuándo comienza el embrión a ser persona? Concretamente, ¿desde que se conforma o cuando se implanta en la pared del útero?

-El embrión comienza a ser persona desde que se conforma.

3. ¿Considera viable, bajo algún punto de vista, la interrupción de un embarazo?

-La interrupción del embarazo debe ser considerada, cuando se ponga en riesgo la vida de la madre, su continuidad dependerá de la voluntad de ella.

4. ¿Qué opina de la interrupción del embarazo en caso de violación o cuando corre peligro la salud de la madre?

-Estoy de acuerdo.

5. ¿Qué opina de lo resuelto por la Corte Suprema al respecto y de lo resuelto en Córdoba acerca del aborto en caso de violación?

-En desacuerdo, toda vida es valiosa, hay otras opciones, por ejemplo la adopción. Desconozco la resolución de Córdoba.

6. ¿Qué opina del protocolo nacional vigente para abortos en los Hospitales Nacionales?

-Mi opinión es favorable para casos de violación, malformaciones congénitas graves, o riesgo de vida de la madre.

7. ¿Qué opina de la no aplicación de dicho protocolo en los hospitales provinciales?

-Depende de cada jurisdicción.

8. ¿Qué protocolo está vigente para los abortos no punibles?

-Hasta las 20 semanas de embarazo es posible un aborto.

9. Sobre todo en caso de supuesta violación, ¿aceptan declaración jurada de la mujer o se debe cumplir algún otro trámite?

-Con la sola declaración de la mujer es suficiente.

10. ¿Se respeta la objeción de conciencia de los médicos?

-Se respeta la objeción de conciencia del médico, pero la institución o el médico deberá buscar un lugar asistencial donde se realice esta práctica.

2. Conclusiones acerca de las entrevistas

El aborto como asunto público sigue siendo un tema delicado de tratar y tiende a generar reacciones encendidas y al cual la sociedad entera no se ha abierto a su debate de forma pública, profunda y consiente. Los Protocolos o Guías dictadas por el Estado Nacional o las provincias todavía son precarios e insuficientes para que una mujer pueda acceder al aborto, sumado a la falta de

médicos que no están dispuestos a practicarlos, ya sea por convicciones personales, creencias religiosas y parecería que más fuerte aún, tomado de sus propios testimonios, la mirada u opinión incriminadora y descalificante de colegas y de la ciudadanía en general.

Los profesionales están obligados a ofrecer a la paciente el menú de intervenciones médicas, de acuerdo con el diagnóstico, indicando sus riesgos y beneficios, y señalar aquel tratamiento que consideran el más adecuado. Este proceder estándar, parte del consentimiento informado, no se aplica en la atención de las mujeres embarazadas. No se les informa que, en supuestos de peligro para la vida o la salud de la mujer, o de violación, tienen una opción adicional, el aborto legal.

Si bien grupos de mujeres y algunos profesionales de la salud comprometidos han difundido el conocimiento necesario para un aborto seguro, aún hoy son muchas las mujeres que dependen de que el resto de los profesionales de la salud cumplan con su deber. En la actualidad, luego de la sentencia de la Corte, catorce provincias cuentan con protocolos de abortos legales, y en la mayoría de estas provincias han sido atacadas por acciones de amparo pidiendo su inconstitucionalidad por parte de agrupaciones religiosas o asociaciones civiles, como en Córdoba en donde la Cámara de Apelaciones de 3ª Nominación ya la declaró inconstitucional en forma parcial.

Sin intención de querer ahondar ni detallar los argumentos que están a favor o contra de la práctica del aborto, su constitucionalidad, la protección de la vida pero también de la salud (del cual se desprenden numerosos argumentos pro aborto y a la protección de la integridad física y psíquica de la mujer) contemplados en los Tratados internacionales, a más de un año del dictado del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declara legítimo el aborto para ciertos supuestos, hay demasiados obstáculos para llevar a cabo los procedimientos establecidos y se denota un desconocimiento generalizado en la población o falta de interés para informarse sobre el asunto.

Mucho se puede mejorar y en este sentido, pedirles a los profesionales de la salud, que enfrenten sus temores, que adhieran a los adelantos científicos y que

reanimen el juramento que hicieron (aquel que habla de prevenir la enfermedad, restablecer la salud y respetar a la persona). A las facultades y asociaciones de derecho, de medicina y de otras profesiones de la salud, pedirles que incluyan el tema en sus currículas y discusiones, no para restringir sino para ampliar la comprensión y avanzar en la toma de posiciones institucionales.

Q) CONCLUSIONES

Es el Director de la presente investigación quien formula las conclusiones que siguen. En relación a las cuales asume plena responsabilidad.

Una primera se impone, el *nasciturus* es un ente con vida propia. Ahora bien, existe una particularidad, ya que se encuentra inserto dentro de otro ente, pero del cual resulta distinto y, conceptualmente hablando, diferente. No forma parte de la entraña materna o, en nuestros tiempos, de quien resulte su portadora sea la madre o no.

Es un huésped, al margen de que se lo desee o no, pero que tiene existencia real. Por ello caen por la base todas las argumentaciones que puedan realizarse acerca de los derechos de la mujer, en especial el de disponer de su propio cuerpo. Porque el *nasciturus* no integra su propio cuerpo. Consecuentemente cualquier acto o medida que lo dañe, atenta contra otra vida independiente. Pero sobre este tema he de volver más adelante.

Con este argumento ya no es necesario acudir a las garantías y declaraciones de derechos del niño para prevenir cualquier acción que lo afecte, cosa que por otra parte no me satisface demasiado, este "ente" en particular no es todavía un niño.

Pero permítaseme una aclaración, que no surge de lo arriba expuesto. Es perfectamente posible que, dentro de un ser vivo se desarrolle otro también vivo, las células cancerígenas serían buen ejemplo. Aquí me estoy refiriendo a un "ente" con vocación, en sentido teleológico de conformar un ser humano, cosa que no sucede salvo con el feto concebido. A él me refiero.

Ahora bien, se habrá notado que refiriéndome a un "ente" he eludido cuidadosamente decir "persona". Ni siquiera utilicé el término "persona por nacer" que emplea el código de Vélez Sársfield en los títulos tercero y cuarto del libro primero, y lo hice por un motivo muy concreto ya que, si bien me satisface el término latino *nasciturus*, no sucede lo mismo con "persona" y me explico.

Por definición una persona resulta alguien o algo susceptible de adquirir derechos, o contraer obligaciones, como consagra el art. 30 del código. Por su parte el concebido pero no nacido, esto es quien aún está dentro del seno materno es “persona por nacer”, según el texto legal.

Ahora bien, estos términos ya no se corresponden con la realidad que hoy se vive. El embrión fecundado no es necesariamente lo mismo que una persona concebida, y el seno en el que se halle –si está en alguno- no por fuerza debe ser el materno.

Además ... ¿qué dice el código? –Léase su art. 74, si el feto muere antes de estar completamente separado del seno materno (otra vez el mismo término), debe considerarse que nunca ha existido. Con lo cual algo, o alguien, que alguna vez fue persona dejará de serlo. O mejor dicho y más grave todavía, *nunca lo habrá sido*. Para utilizar términos jurídicos, se trataría de una personalidad sujeta entonces a un especie de condición resolutoria, concretamente al hecho que no pierda la vida antes de estar separado del claustro en el cual se encuentra. Y a mí, al igual que en su tiempo a los romanos, esto no me convence.

Entonces, hablar de “persona por nacer” es tanto como referirse a una persona en potencia, no en acto. Algo que puede, tanto como llegar a ser, lisa y llanamente pasar a no haber existido nunca. Con lo que todos los derechos y obligaciones de que pueda haber sido titular también quedan sujetos a la misma condición resolutoria. No están consolidados, resultan meras expectativas.

Por eso es que me he referido a un “ente” y no a una “persona”, dado que el *nasciturus* aún no lo es. Lo cual no impide que tenga vida propia y existencia independiente de todos los otros entes, que ya –por haber nacido- adquirieron personalidad. Esto es coherente con la idea de Vélez Sársfield, quien no exigía como requisito del nacimiento la viabilidad, el recién nacido podía no tenerla, pero simplemente bastaba con que el nacimiento se hubiese producido, para que adquiriera personalidad jurídica. De “persona por nacer” pasaba a ser “persona”, lisa y llanamente a secas. Aunque esté destinado a morir poco después.

De igual manera no necesitamos, para afirmar la existencia de un “ente” vivo que éste nazca naturalmente. Si esto sucede será persona, en caso contrario

no lo será. Pero nada ni nadie podrá quitarle la realidad objetiva de que en algún momento y durante un tiempo *realmente tuvo vida*. Fuere cual hubiese sido su naturaleza jurídica.

Reiteremos y redondeemos entonces esta conclusión, el *nasciturus* tiene vida independiente. Por ende dañarlo o atentar de algún modo contra su integridad y existencia es agredir a un ser viviente y está vedado. La mujer tiene derecho sobre su cuerpo y sobre sus entrañas, no sobre el inquilino que se aloja en ellas.

Pasemos ahora a un punto álgido, para el que aún después de todo lo que hemos leído e investigado, no tengo respuestas. ¿Desde cuándo hay vida? Al respecto sólo puedo formularme interrogantes, sin contestarlos. Valga como excusa la circunstancia que en principio cuando se formuló el presente proyecto la idea era que el trabajo tuviera una segunda parte, escrita por especialistas en Bioética, que habría completado el desarrollo y permitido proponer conclusiones más completas. Lamentablemente esto no sucedió.

¿Habrá vida desde que el embrión es fecundado? –Si así fuese no cabría permitir la destrucción de ninguno, como sí faculta el Proyecto de nuevo código civil argentino. Todos serían, dándose la condiciones adecuadas, *nasciturus*, es decir entes vivos, y el hecho de que no se desarrollaran porque se decidiese no implantarlos estaría claramente dirigido a establecer como principio el de la viabilidad, que nuestro ordenamiento jurídico rechaza. Más grave aún si, como en este caso, la viabilidad no depende del propio ente, sino de extraños que deciden sobre su destino.

¿O podrá ser que el embrión, aún fecundado, carezca de vida hasta que se lo implantase en el órgano femenino destinado a albergarlo? Adoptar esta posición es peligrosa dado que, con los continuos avances de la ciencia pudiera darse el caso de que se desarrollara por completo en instrumentos artificiales, sin necesidad de albergarse jamás en una matriz humana.

Y en este caso, si decidiéramos que la vida existe recién cuando el embrión fecundado se aloja en su receptáculo natural. ¿Cuándo se adquiere la misma? Puede ser desde el momento preciso de su implantación, o también

cabría sostener que ha de esperarse a que se inserte en la pared del útero para comenzar su desarrollo, muchas son las teorías que se han formulado al respecto.

Con lo cual volvemos al punto que en su momento dije no compartir, no bastaría la vida, sino la posibilidad de que la misma germine en una persona, es decir la viabilidad del embrión. Que inserto en una probeta, o implantado y aún no fijado, no la tiene.

Cabría seguir elucubrando hipótesis, pero no serían más que eso, meras hipótesis. De lo que hemos trabajado no podemos inferir certezas.

Contentémonos entonces con sentar las siguientes afirmaciones:

- El *nasciturus* es un "ente", no necesariamente una persona.
- Es un "ente" que tiene vida, aunque no podamos afirmar desde cuándo.
- Y un "ente" con vocación de ser persona.
- Que decididamente resulta independiente de cualquier otro ser vivo.

Incluido quien lo lleve en su seno.

A partir de aquí, habrá que seguir investigando. ¿Lo hacemos?