

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA HUMANA

Por Gustavo Carranza Latrubesse*

Sumario: 1. La cuestión a resolver. 2. El comienzo de la vida humana. Personalidad. 3. El Derecho positivo ibero americano. Códigos Civiles y leyes españolas. 4. La cuestión de los embriones. 5. La protección de la vida de la persona por nacer. 6. Una autorización judicial para matar. El fallo “F. A. L.” de la Corte federal. 6.1. Crítica al fallo. 7. El orden público de la Constitución Nacional. 8. La Convención ADH. 9. La interpretación de la Corte IDH. 10. Algunas conclusiones.

1.- La cuestión a resolver. Nadie, que tenga un poco de sensibilidad por las angustias ajenas, podrá poner en duda la tragedia que puede representar para una mujer un embarazo no querido; en especial, cuando las condiciones sociales y económicas por las que transita son apremiantes. Un embarazo adolescente es, también, una tragedia social en un entorno social acomodado, y a menudo no lo es tanto para los menos aventajados, porque forma parte de su drama diario. Las costumbres ancestrales se fueron desdibujando para unos y otros a través de los medios masivos de comunicación¹, que imponen a las personas gustos, necesidades y modas que nunca fueron imprescindibles; hasta influyen en las opiniones de la gente, que se va formando ideas sesgadas, a menudo erradas y, en otros casos, mal intencionadas, que transforman a la verdad en víctima primera de la noticia, a impulso de la primicia y del ‘rating’ y de los intereses consecuentes. Valiosos minutos de TV son usados a diario para ventilar dramas humanos, e imputar delitos a quienes ni tan siquiera han sido indagados.

*Abogado. Especialista en Derechos de daños (Universidad de Belgrano, Buenos Aires). Magister en Derecho Privado (Universidad de Palermo, Buenos Aires). Doctorando en UCES (Buenos Aires) y Salamanca (España). Ex juez civil y comercial de primera instancia del Chubut. Miembro correspondiente por Chubut en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ El “avance de los medios masivos de difusión sobre la intimidad privada”, ya era motivo de preocupación en el IV Congreso de Derecho de Civil, Córdoba, 1969, tema que pidió introducir el Dr. Jorge Mosset Iturraspe.

Los comunicadores de la televisión se han vuelto expertos en infinidad de temas y cuestiones, que terminan por constituir la causa principal de todas las sospechas y, en definitiva, campea el abandono de las ‘buenas maneras’ y de la Moral social que el Preámbulo de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948), tradujo del modo siguiente: *“Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”*. El respeto a la ley, el respeto a la autoridad, el respeto y la consideración a los mayores, a los maestros, a las mujeres, se ha perdido y campea en todas partes el mal gusto y la grosería, en detrimento del espíritu. Hoy por hoy, grupos de interés insisten de modo recurrente, en generar una legalidad contra la vida, que vuelve a enfrentar a los argentinos. Mi interés aquí no es otro que aportar una visión desde el Derecho que, sin desconocer aquella tragedia, advierta cuál y cuánto es el fundamento jurídico de la protección de la vida del concebido, dentro y fuera del seno materno. Los avances de la ciencia y de la técnica sólo deben servir para enaltecer la dignidad del ser humano, único de los seres vivientes a quien puede atribuirse la calificación y condición de persona. Aunque no abdicó de mis creencias religiosas, sólo me ocupó aquí de lo que el Derecho dice de la vida y del Hombre.

2. El comienzo de la vida humana. Personalidad. En un señero fallo de la Corte federal, en las antípodas del moderno “F.A.L.”², quedó asentado en la jurisprudencia y en la conciencia de todos, que el comienzo de la persona acaece con la fecundación del óvulo femenino por un espermatozoide. Se

² No pareciera coincidencia que esta sigla signifique también ‘Fusil autormático liviano’, arma en uso en las fuerzas armadas.

valió para hacer esa declaración, de la opinión de médicos y científicos, incluyendo a la Academia Nacional de Medicina. Dejando de lado la precisión, propia de las ciencias empíricas, como las doctrinas que intentaron iluminar u oscurecer el inicio de la vida, lo relevante es que éste se produce de aquel modo y es sabido, a través del conocimiento del genoma humano, que en el incipiente ser está toda la información genética, que lo distingue de la de sus padres, que habrá de acompañarlo en su desarrollo hasta su muerte y que lo identifica como un ser único, irrepetible y distinto de cualquier otro. Las formas de desarrollo de la célula inicial, objeto de estudio de la Biología, podrá aportar conocimientos, especificaciones y características que, según creo, no podrán alterar el inicio de la vida. Otra cosa, para el Derecho que es ciencia de conductas, es la asignación de la ‘personalidad’, calidad y condición que reviste quien puede, por si o por otros, adquirir derechos y contraer obligaciones. Para quienes entienden y sostienen, como yo, que el inicio de la vida humana da instantáneo paso a la ‘personalidad’, sin ninguna otra condición, el ser humano concebido será para el Derecho una persona por el sólo hecho de su existencia, aunque todavía incapaz absoluto de hecho. El Derecho Romano, tan apegado a las aplicaciones prácticas de sus lucubraciones jurídicas –a menudo por obra del Pretor-, consagró el principio *nasciturus pro iam nato habetur* (‘al por nacer se lo tiene por nacido’). Bastante más de veinte siglos no han bastado para consolidar este principio, que está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, pero que las necesidades, conveniencias, pretensiones y creencias modernas desatienden, prohiendo y cohonestando una involución a la que me resisto concebir como justificada y lícita. Aunque el orden público fuera una categoría histórica y las ‘buenas costumbres’ una mera percepción de las cosas y de la Naturaleza por un sector plausiblemente mayoritario -nunca se hizo un plebiscito para saberlo con certeza- de una sociedad determinada, el orden público interno de la Constitución estará, siempre, por encima de nuevas apetencias que lo desautoricen, pues fue una creación del Pueblo soberano destinado a perdurar y, de entre sus muchos efectos, su parte dogmática preside –y debe presidir sin fricciones sediciosas- el más encumbrado baluarte y paradigma de la custodia de la libertad y de los derechos fundamentales, que se juzgan propios de la naturaleza humana y anteriores al Estado mismo (art. 33, CN, derechos implícitos).

Pertenece a la tradición jurídica argentina, cuando menos desde su inserción en el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield (ley 340, promulgada el 29 de septiembre de 1869, rigió desde el 1 de enero de 1871; CC en adelante), que el comienzo de la vida se produce con la concepción y así quedó patentizado en el art. 63, CC: “*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*”³. En la nota a ese artículo, Vélez Sarsfield recuerda en apoyo de su texto, a los Códigos de Austria, de Luisiana y de Prusia, criticando la posición del Código de Chile, que dispone, en su art. 74, que “*Que la existencia legal de toda persona principia al nacer*”, y sostiene con clara y lógica contundencia 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”. En el art. inmediato siguiente, el 64, dispone que “*Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia*”. La necesaria representación tiene por objeto la adquisición de bienes por donación o testamento, que cesa el día del parto si el hijo nace con vida (operará desde allí la patria potestad); adquisición que se consolida a partir de la separación del recién nacido del vientre de su madre. En el art. 70, CC, Vélez Sarsfield confirma su disposición, estableciendo que “*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*”⁴. Antes, con cita de Freitas y de Goyena, había dispuesto en el art. 51 que “*Todos los entes que*

³ Aunque Vélez Sarsfield no cita aquí a Freitas, este artículo es casi textual del art. 53 del Proyecto de Freitas. En la nota al mismo, Freitas critica también la referencia a las ‘personas futuras’. Dice: “Personas futuras no son aún personas. No existen. Personas por nacer existen, porque, sin embargo, de que no hayan nacido aún, viven ya en el seno materno –*in utero sunt*–. Es solamente respecto de éstas que puede tener lugar la representación dada por la ley, en lo que no hay ficción alguna, como por otra parte nos lo dice la tradición”, Augusto Teixeira de Freitas, *Código Civil. Obra fundamental del Código Civil Argentino*, traducción castellana, A. García Santos y J. Roldán, editores, Buenos Aires, 1909, t. I. p. 50.

⁴ Corresponde a los arts. 221 y 222 del Proyecto de Freitas. Es de interés consignar la crítica que Freitas le hace a la postura de Savigny, para quien la conclusión del segundo texto en una ficción. Dice Freitas: “No concibo (art. 16) que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya *persona*. Si se atribuye derechos a las *personas por nacer*, aunque, como dice Savigny, en un orden especial de hechos; si los que deben nacer son representados, en el caso del art. 54, dándoseles Curador, que se ha denominado *Curador al vientre*, es forzoso concluir que existen ya y que son *personas*, pues la *nada* no se representa”; op. cit., p. 127.

presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible". Freitas, que en su art. 16 establece que "*Son 'personas' todos los entes susceptibles de adquirir derechos*", sostiene en la nota que "*Sin remontar a la idea de ente nadie podrá traducir la síntesis de la existencia de las personas. En la observación del primer análisis háyase al hombre en su manifestación visible como el único sujeto que adquiere derechos y contrae obligaciones; pero obsérvese luego después, que el sujeto de los derechos y obligaciones no siempre obra para sí, pues que representa entidades que no son él. En estos casos de representación, cualquiera sea ella, voluntaria o necesaria, tenemos pues forzosamente un representante y un representado*"⁵.

En el art. 74, CC, con poco feliz redacción, dispone Vélez Sarsfield que "*Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido*", lo que, no obstante, refuerza la idea de que el no nacido es persona y que sus derechos se consolidan con el nacimiento con vida. Según creo, hubiera bastado establecer que los tales derechos quedaban sujetos a una condición resolutoria; ello –resolutoria– porque la adquisición debía entenderse efectiva, pero sujeta al hecho determinante –resolutorio– de que el niño naciera con vida. Los representantes, que adquirirían por el no nacido, habrían de responder por los efectos de la resolución, aplicándose las soluciones de las obligaciones de restituir a su dueño, aunque el art. 248, CC, reformado luego por la ley 23.264, disponía que ante la inexistencia del embarazo o el nacimiento sin vida, nada debía restituir la mujer. Ello así, porque el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos (art. 590, CC), y porque los efectos de la condición resolutoria se limitan a la devolución de la cosa (art. 557: "*Verificada la condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio*"). Cabe recordar aquí que por el art. 787, CC, Vélez concedía la reivindicatoria contra el adquirente por título oneroso de quien había recibido un bien raíz; el fundamento de su disposición, no es otro que el principio del art. 3270, CC; en la nota al art. 787, CC, Vélez Sarsfield, coherente con sus disposiciones inherentes, dice que "*el poseedor de buena fe, que verdaderamente no es dueño de la cosa, no transmite la propiedad de ella, cuando la enajena, y puede reivindicarla el verdadero propietario*". Así resulta

⁵ A.T. de Freitas, op. cit., p. 15.

también del art. 1371, inc. 2, CC, efectos de la condición resolutoria, que remite a las obligaciones de dar cosas para restituirlas a su dueño (arts. 574, 584, etc., CC; otros son los efectos de la revocación por causa de ingratitud, art. 1867, CC).

La ‘personalidad’ es el necesario derivado de la calidad de persona que el ser humano inviste en función de su propia naturaleza, y es el requisito para ejercer los derechos que el ordenamiento autoriza, por sí o por representantes. Como dice el art. 1 del CC portugués, “*Solo el hombre es capaz de derechos y obligaciones: en lo cual consiste su capacidad, ó sea su personalidad jurídica*”. El art. 6, agrega: “*La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código*”⁶. Es un argumento o falacia circular, que ya estaba en las Leyes de Partidas, que lo tenían por nacido para todo lo que lo beneficiara; desde que se es persona desde la concepción, el artificio de considerar al no nacido como persona sólo a ciertos efectos, merece aquella calificación. La persona es, necesariamente, sujeto de derecho, entendiendo por tal a quien es ‘capaz’ de ser titular de bienes, de disponer de ellos y, en apretada síntesis, de obligarse; y no es posible confundir ni asimilar la persona –y la personalidad- con un atributo que le es inherente, como la capacidad de derecho. La incapacidad de hecho se suple con la representación. En el caso de las personas jurídicas, antes llamadas ideales, su ‘personalidad’ se otorga por comparación; el CC las definía por exclusión: todo ente capaz de adquirir derechos y obligarse, que no sea persona de existencia visible –que es llamada hoy persona humana, condición esta última redundante e innecesaria, y así figura también en el Proyecto de 1995/98-, es persona jurídica; aunque no

⁶ El comentarista del primer CC portugués, de 1867, en relación al art. 6, dice: “La legislación española también ha equiparado con los que ya viven a los que están por nacer, y consigna el principio de que el nacimiento basta para la adquisición de los derechos civiles”; Isidro Aufrán, Imprenta de la Biblioteca Universal Económica, Madrid, 1868, p. 15. En 1966, Portugal se dio un moderno CC, que mereció el elogio, en su momento, de Luis Moisset de Espanés (“El nuevo Código civil de Portugal – 1967”, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año XXX, 1966, Nº 4-5, p. 243-245). Cabe destacar que el Proyecto demandó una elaboración doctrinaria de veintidós (22) años, nutrido por comentarios de doctrina de los integrantes de la Comisión designada al efecto. El término ‘procreado’ debe entenderse integrado por los términos concebido y engendrado, pues el varón engendra, la mujer concibe. El art. 29, CC español de 1889, dice: “*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”. El art. 30 dice: “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”.

siempre quien es considerada sujeto de derecho es, al mismo tiempo, considerada persona jurídica. Para no alejarme del propósito aquí perseguido, omito referirme a las situaciones previstas, que no son pocas, donde también puede encontrarse una persona jurídica que no es sujeto de derecho, y una situación en donde éste, no es persona jurídica (como en el caso de las simples asociaciones del art. 46, CC de Vélez Sarsfield; también las sociedades ‘en participación’ que, por voluntad de la ley, no son ni una cosa ni la otra; con el agregado que tampoco son, hoy ni antes (LSC 19.559), sociedades: son negocios en participación, según los arts. 1448 y ss., Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN en adelante).

3. El Derecho positivo ibero americano. Sigue, en esencia, dos corrientes: la mayoritaria, del Código de Chile, para el que la personalidad ‘legal’ se adquiere a partir del nacimiento, y la sostenida por el CC de Vélez Sarsfield, anticipada en el *Esboço* de Freitas, en García Goyena para el CC español, que no lo siguió el de 1889, en el de Prusia, cuya doctrina en el punto pasó al BGB alemán.

3.1. El CC de Bolivia. Rige desde el 2 de abril de 1976. En el párrafo I del art. 1º (Libro Primero, Título I, Capítulo I ‘Del comienzo y fin de la personalidad’) sostiene, siguiendo al CC de Chile, que “*I. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad*”; y, en el párrafo II, establece que “*Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida*”. El art. 6, CC de Bolivia, que se titula protección de la vida, con cita del art. 7 de la Constitución política, dispone que “*La protección a la vida y a la integridad física de las personas se ejerce conforme a las normas establecidas en el Código presente y las demás leyes pertinentes*”. En su art. 663, se refiere a la donación a favor de quien está ‘solamente concebido’ e ‘hijos aún no concebidos’. No los llama ‘personas’, por lo que como sienta Vélez Sarsfield en la nota antes citada, no tendría sentido la representación si no hubiera persona que representar. Esta incoherencia se mantiene en otras disposiciones. Así, la donación hecha a favor de un hijo aun no concebido de una persona que vive al momento de la donación es posible; sus padres deberán aceptar la donación, pues, conforme al art. 5.I, los menores son incapaces de obrar, y aquéllos lo representan (art. 5.II, CC boliviano; concuerda con el art. 1016,

párrafo II, que autoriza la aceptación o repudiación de las herencias a los representantes de los menores e incapaces). Pero el art. 1122, veda adquirir por testamento a los que no están concebidos al morir el testador y a los concebidos que no nacen con vida. El art. 1008, que se refiere a la capacidad de las personas para suceder; en su párrafo I, establece que “*es preciso existir en el momento de abrirse la sucesión, nacido o concebido*”; y el párrafo III, aclara el sentido del art. 1122, disponiendo lo contrario: “*Los hijos, aún no estando concebidos todavía, de una determinada persona que vive al morir el testador, pueden ser instituidos sucesores. (Arts. 1 y 1122 del Código Civil)*”.

3.2. El CC de Colombia. Vigente desde 1876 con numerosas modificaciones legislativas y correcciones de la Corte Constitucional; si bien el art. 90 establece que “*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre*” (sic, primer párrafo), el art. 91 dispone que “*La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá*”. Antes, el art. 33, con las correcciones efectuadas por la Corte Constitucional, dispone que “*La palabra persona, en su sentido general se aplica a la especie humana, sin distinción de sexo*”, y el art. 74, dice que “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*”.

3.3. El CC de Brasil. Rige desde el 2 de enero de 2002. Su art. 2, dispone que “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. El art. 1597, dispone que “*Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido*”. El art. 542, dispone que “*A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal*”. Merece la misma crítica que en el caso del CC boliviano, pues la representación tiene sentido en tanto existe una ‘persona’ a quien representar; siendo la donación un contrato, obvio es que los representantes de la persona por nacer deben aceptarla. El art. 1779, prevé la curatela del *nasciturus* en caso de inexistencia o impedimento paterno o

materno. Ciertamente, no se provee curatela a ‘las cosas’ sino a las personas ‘para’ la administración y custodia de sus bienes. Recuerdo aquí que el viejo CC de Portugal, de 1867, en el art. 369, dispone que es cosa “*lo que carece de personalidad*”. Aquellas disposiciones que niegan personalidad al *nasciturus* abren la puerta, en la lógica de los textos, a que la persona por nacer sea ‘cosa’, lo que contradice numerosas disposiciones del ordenamiento, ya que si pueden adquirir por donación o por testamento, no son cosas. Recuerdo, otra vez, el art. 369 del viejo CC de Portugal de 1867, de que es cosa lo que carece de personalidad.

3.4. El CC de Chile. Rige con modificaciones desde el 1 de enero de 1857; si bien el art. 74, como ya he dicho, establece que “*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre*” (sic, primer párrafo), el art. 75, establece que “*La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento*”. Este dispositivo campea en otros ordenamientos americanos. El art. 43, dispone que “*Son representantes legales de una persona el padre o la madre legítimos, el adoptante y su tutor o curador*”; se da curador al ‘que está por nacer’ (art. 343, CC de Chile), que cesa ‘a consecuencia del parto’ (art. 491). El art. 55 dispone que “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*”. Adolece de la misma inconsecuencia antes destacada pues parece un contrasentido reconocer su ‘existencia’ (la ‘criatura’ que está en el seno materno) y no concederle la condición de ‘persona’. Aunque el texto del art. 74 se refiere a la ‘existencia legal’ de la persona (a partir del nacimiento), aparece una suerte de ‘tercer género’ de sujetos con derechos o con algunos derechos, que no son personas pues no han nacido. Y, entonces, qué es la ‘criatura’ –a la que protege la ley– que está en el vientre materno? La persona humana, la nacida con vida, se extingue con la muerte (así es en el caso del CC de Chile, art. 74; art. 34, CC de Costa Rica; art. 64, CC de Ecuador; art. 77, CC de El Salvador; art. 46, CC de Nicaragua; art. 24, CC de Cuba; etc.).

3.5. El CC de Costa Rica. Rige desde el 1 de enero de 1888. Establece en su art. 31, que *“La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal”* (con la reforma de la Ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973). Muestra un razonamiento circular, que pone el acento en el nacimiento con vida, pero que al mismo tiempo le concede derechos desde la concepción (los 300 días antes del nacimiento), y le asigna como representantes ‘a los que lo hubieran sido si nacía con vida’. El art. 605, CC de Costa Rica, permite instituir heredera a la ‘persona por nacer’ (último párrafo), exigiendo fianza al así instituido que, aunque no lo dice, deberán prestar los representantes legales. Rige un Código de la Niñez y de la Adolescencia, cuyos arts. 2 y 3, último párrafo, definen niño ‘desde su concepción’, lo que viene a contradecir la atestación del primer párrafo del art. 31, del CC. El art. 195, declara esa ley de orden público, de modo que cabe colocar el ordenamiento de Costa Rica entre los que siguen al CC argentino. Se verá la importancia de ese Código de la Niñez cuando analice la interpretación que hace la Corte IDH.

3.6. El CC de Cuba. Aprobado en la sesión legislativa del 16 de julio de 1987, con vigencia 180 días después de su publicación; dispone en su art. 24, que *“La personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte”*, pero el art. 25 establece que *“El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorable a condición de que nazca vivo”*. El art. 28.1, dicta que *“La persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento”*. El art. 535.2, dispone que *“Si existen herederos concebidos pero aún no nacidos, los demás herederos, al realizar la partición del caudal hereditario, están obligados a reservar la porción del heredero por nacer”*. Esta es una referencia concreta a la persona por nacer, y la hay también en el Código de Familia, que existe como en el caso de Costa Rica; si se le reconocen algunos derechos, como el citado (‘todo lo que lo favorezca’ y la posibilidad de ser heredero), es porque es persona, porque las ‘cosas’ no pueden ser titulares de derecho alguno. El art. 21 de la Constitución política dice que *“La vida humana es inviolable”*. La ‘falacia

circular' opera también en este ordenamiento, pues desde hace 50 años rige en Cuba el aborto voluntario.

3.7. El CC del Ecuador. Rige a partir de noviembre de 1970. Establece en su art. 41 que *“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros”*. El art. 60, primer párrafo, dice que *“El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre”*; pero el art. 61, agrega, siguiendo el texto citado del CC de Chile, que *“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”* (sic). El art. 63, se refiere a la ‘criatura’ y dice: *“Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido”*. La adquisición es, aquí, bajo condición suspensiva. Rige en Ecuador un Código de la Niñez y la Adolescencia, actualizado al 7/07/2014, cuyo art. 2 define al niño ‘desde la concepción’.

3.8. El CC de El Salvador. Rige desde el 1 de junio de 1860, siguiendo la orientación de la legislación española hasta ese momento vigente. Dispone en su art. 26 que *“Llámase infante todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años; menor adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos”* (sic). El art. 62, repite el texto de los CC chileno, colombiano, ecuatoriano, nicaragüense, uruguayo, venezolano, al sostener que *“Las personas son naturales o jurídicas. Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”*. El art. 72 establece: *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse*

completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás". El art. 73 repite el texto chileno: "*La ley protege la vida del que está por nacer*". El art. 76 establece que los derechos que se 'referirían' a la criatura que está en el vientre de su madre quedan en suspenso, sujetos al nacimiento con vida. El art. 468 se refiere a la curatela 'del que está por nacer' y el art. 490, dispone que "*cesa a consecuencia del parto*". Reitero que, lo esencial en estas normas idénticas, es que 'la ley protege la vida del que está por nacer', sin referencia alguna al tiempo del embarazo. El CC tiene 24 reformas, la última de las cuales es del 11 de noviembre de 2004 y alude, como en casos anteriores, a un Código de Familia que entre otras cuestiones organiza los tribunales de familia. Así, el art. 41, CC de El Salvador, dice que "*Son representantes legales de una persona las que determina el Código de Familia*". El art. 223 de ese ordenamiento, del 29 de septiembre de 1994, dice que "*El padre y la madre que ejercieren la autoridad parental, representarán a sus hijos menores o incapaces y velarán por la conservación o defensa de los que hubieren concebido*". El art. 351, inc. 2º, del mismo, dice que todo menor tiene derecho "*A la protección de su vida desde el momento en que sea concebido*". Merece la misma crítica de los CC precedentes que siguen al CC chileno; pues, si el menor 'es persona', lo es necesariamente desde su concepción, en tanto se le reconocen derechos y son objeto de protección de la ley.

3.9. El CC Federal de Méjico. La última reforma que conozco es del 28 de enero de 2010. En su art. 22 del Título Primero, del Libro Primero, establece, en contundente declaración, que desde su concepción el individuo merece la protección de la ley, que "*La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código*". Es de interés consignar que el art. 23 dispone que "*La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus*

representantes”. El art. 1314, establece que “*Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337*”. El art. 1315 dice: “*Será, no obstante, válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador*”. Merece la misma crítica pues es muy claro que el concebido puede recibir por testamento, como también por donación (art. 2357), desde que se lo tiene ‘por nacido’ a todos los efectos del CC, aunque en el art. 1314, se dijo que no pueden adquirir *mortis causae* por incapacidad. El art. 337, bajo el Título Séptimo ‘De la paternidad y la filiación’, establece que “*Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad*”. No he encontrado en este Código ninguna alusión a embriones o a prácticas de fertilización asistida. La referencia al ‘concebido’ define, de modo suficiente para mí, la condición de ‘persona’, con las limitaciones resultantes de su incapacidad de obrar y del nacimiento con vida que este CC extiende a 24 horas o a la presentación ‘vivo’ ante el Registro.

3.10. El CC de Guatemala. Mantiene el criterio de que la personalidad se adquiere por el nacimiento, gozando antes de la protección de la ley; así resulta de su art.1, siendo similar a los antes relacionados.

3.11. El CC de Honduras. Reproduce que “*La existencia legal de toda persona principia al nacer*” (art. 51, primer párrafo); exige el nacimiento con vida, y que sobreviva ‘un momento siquiera’ desde la separación de la madre. El art. 52, establece la protección de la ley, según la fórmula indicada antes (“*La ley protege la vida del que está por nacer*”). El art. 54, repite la fórmula de la suspensión del derecho de “*la criatura que está en el vientre materno*”, a la condición de que nazca con vida. El art. 1298 establece que las donaciones hechas “*a los concebidos y no nacidos se entienden hechas bajo condición suspensiva*” y serán aceptadas por los representantes legales.

3.12. El CC de Nicaragua. Rige desde 1904 (el anterior, desde 1871 a 1904), con aparente influencia del CC argentino, dice, en el art. 1, que “*Es persona*

todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Las personas son naturales y jurídicas” (sic, nuestro texto dice ‘ente’). El art. 2, repite que “*Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*”. Comparte el criterio de los CC precedentes que postulan el inicio de la existencia legal de la persona con el nacimiento (art. 5). El art. 7 dice que tienen ‘incapacidad absoluta’ (debiera entenderse ‘de obrar’), inc. 1, “*las personas por nacer*”, afirmación que constituye una gran contradicción pues, acaba de decir, que la ‘existencia legal’ de la persona se inicia ‘al nacer’; por tanto, los no nacidos, no son personas en tanto ‘no han nacido’. Es una copia del art. 54, CC argentino, en donde el postulado es correcto, pues nuestro CC admite la existencia de la persona ‘desde la concepción’, no desde el nacimiento (nuestro texto agrega a los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito y un inc. 5 fue derogado por la ley 17.711). Sigue la contradicción en el art. 11, pues allí se dice que “*Son personas por nacer las que están concebidas en el vientre materno*”. No obstante, el art. 13 repite la fórmula de la protección de la vida del *naciturus*. El art. 18 tiene, para mí, escaso sentido, pues dice que “*Cesará la representación de las personas por nacer, el día del parto, si el hijo nace vivo, y comenzará entonces la de los menores*”; tales son sus padres y también lo son los representantes legales de los menores (arts. 244 y 245, CC nicaragüense; el art. 57, incs. 1 y 2, CC argentino, así lo postula); pueden nombrarles guardador al hijo por nacer en orden a sus derechos eventuales (art. 306, CC de Nicaragua); y puede nombrarlo el juez (art. 321, inc. 7, y 377, 380, CC citado). El art. 386, segundo párrafo, CC de Nicaragua, dice bien que con el parto cesa la guarda de los bienes eventuales pues, en adelante, quedan sometidos a la patria potestad. El art. 19, coincidiendo con el art. 11, colisiona de modo notable con el principio del art. 5, pues ahora dice –y dice bien- que “*Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia natural de las personas, y antes de su nacimiento deben ser protegidas en cuanto a los derechos que por su existencia legal puedan obtener. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida*”. Parece obvio que, si ‘tienen derechos’, es porque son ‘personas’, pues no conozco animales ‘con derechos’, aunque sí, obligaciones jurídicas y morales de las personas en su favor.

3.13. El CC de Paraguay. Ley 1183 de 23 de diciembre de 1985, vigente desde 1986, sigue en esta temática la orientación del CC argentino. En su art. 28 dispone que *“La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno”*. Aquí la adquisición opera, pero se consolida si la condición resolutoria no se cumple, y nace con vida. Limita la capacidad para adquirir bienes por las vías indicadas. El art. 31, repite que la representación de las personas por nacer cesa el día del parto, pues comienza la de los menores; se corresponde con el art. 69, CC argentino, que no tiene nota y, por tanto, Vélez no explicita la razón de la disposición. Puede ocurrir que terceros interesados en los bienes donados, hayan pedido una guarda especial (art. 66, CC argentino); en tal caso, el nacimiento pone fin a la guarda en función de la patria potestad, pero ya concede de modo expreso la representación a los padres en el art. 57, inc. 1, CC argentino. El art. 37, inc. ‘a’, CC de Paraguay, declara, con rigor técnico, incapaces absolutas de hecho a las personas por nacer, y les confiere su representación a los padres (art. 40, inc. a). Por ley 2169, de ‘mayoría de edad’, se modifica el art. 1 de la Ley N° 1702/01, que queda redactado de la siguiente manera: *“A los efectos de la interpretación y aplicación de las normas relativas a la niñez y a la adolescencia, establécense el alcance de los siguientes términos: a) Niño: toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad; b) Adolescente: toda persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad; y, c) Mayor de edad: toda persona humana desde los dieciocho años de edad”*. Reitero la crítica respecto al predicado ‘humana’, por innecesario y porque sólo por asimilación se podría hablar de una persona jurídica adolescente. Con alegría por la confirmación de las ideas que vengo exponiendo, encuentro que el Proyecto de Unificación del CC y Comercial, decreto 685/95, adopta la expresión ‘persona humana’ y la utiliza en todo el Código.

3.14. El CC de Perú. Fue de los primeros de los americanos del Sur (1852), pues el de Haití es de 1825. El CC peruano vigente rige desde el 14 de noviembre de 1984. Establece una concisa regla: *“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.*

La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” (sic, art. 1). El art. 43, prevé la ‘incapacidad absoluta de ejercicio’; se incluye en el inc. 2, a los que, por cualquier causa, se encuentren privados de discernimiento, lo que incluye a las personas por nacer, aunque no lo dice. El art. 45, establece que “*Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela*”. El art. 418, da la noción de patria potestad⁷; el art. 423, su contenido; entre ellos, inc. 6, “*Representar a los hijos en los actos de la vida civil*”. El art. 598, CC de Perú, otorga la curatela al hijo concebido al tiempo del fallecimiento del padre, si la madre está destituida de la patria potestad, la que cesa por su nacimiento o su muerte (art. 617).

3.15. CC de Puerto Rico. El primer CC es de 1930; contiene numerosas modificaciones. El ejemplar de que dispongo se encuentra actualizado al 18 de enero de 2017. El art. 24, que tiene como título ‘personas naturales’, establece: “*El nacimiento determina la personalidad y capacidad jurídica. Es nacido el ser humano que viva completamente desprendido del seno materno*”. Tiene una sola referencia a la ‘concepción’, en el Capítulo dedicado a los ‘hijos ilegítimos’, en el art. 125, que dice: “*Son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos hubieran podido casarse, sin dispensa o con ella*”. En el art. 569, que lleva el título de Donaciones a concebidos y no nacidos, se dice: “*Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento*”.

3.16. El CC de la República Dominicana. No encuentro ninguna mención al inicio de la existencia de la persona humana, ni una definición acerca de su personalidad, si bien regula con detalle la inscripción de los nacimientos. Hay una sola referencia a la ‘concepción’ en el supuesto del rapto (art. 340, CC de la República Dominicana, que prohíbe la indagación de la paternidad). Hay algunas alusiones al ‘concebido’, entre ellas, la del art. 725, que niega la capacidad de suceder al que “*no ha sido aun concebido*” (sic) y al niño que no ha nacido viable. El art. 388 establece que “*Se entiende menor de edad el individuo de uno u otro sexo que no tenga dieciocho años cumplidos*” (sic). En

⁷ “*Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores*”.

cuanto a la representación, no encuentro disposición que la acuerde sobre los hijos por nacer y advierto cierta confusión entre las instituciones de la patria potestad y la tutela (trata de ‘la tutela de los padres’, arts. 389 y ss., y no tiene un capítulo sobre la patria potestad, aunque hay indicación de ella en caso de la adopción; el art. 468 hace referencia a una disposición ‘en el título de la patria potestad’, que no aparece en el ejemplar del CC, al menos del que dispongo). Bajo el capítulo ‘de las obligaciones que nacen del matrimonio’, el art. 203, dispone que “*Los esposos contraen por el solo hecho del matrimonio, la obligación común de alimentar y educar los hijos*” (sic, lo que es una carga propia de la patria potestad, art. 264, CC argentino). Bajo el capítulo de ‘los derechos y deberes respectivos de los cónyuges’, el art. 213, establece que “*Los esposos aseguran juntos la dirección moral y material de la familia, proporcionan la educación de los hijos y preparan su porvenir*”; y el art. 214, dispone que “*Cada uno de los esposos debe contribuir, en la medida de lo posible, a los gastos del hogar y a la educación de los hijos*”, con lo que con un método singular, aparecen las reglas generales del instituto (la ‘tutela de los padres’ no es otra cosa que la patria potestad). Es relevante en orden al objeto de mi investigación del derecho positivo ibero americano, la disposición del art. 906, que reza: “*Para ser capaz de recibir entre vivos, basta estar ya concebido en el momento de la donación. Para estar en condiciones de heredar por testamento, basta estar concebido en la época de la muerte del testador*”. Aunque no se dice allí, los padres de la persona por nacer habrán de aceptar o repudiar la donación; es de interés porque implica el reconocimiento de la personalidad jurídica (sujeto de derecho) del concebido no nacido.

3.17. El CC de Uruguay. Rige desde el 19 de octubre de 1995. Dice en el art. 21, que “*Son personas todos los individuos de la especie humana*”. La patria potestad, que es ejercida en común por ambos padres, está establecida en el art. 252 y ss. El art. 258 establece que “*Los padres dirigen la educación de sus hijos, y los representan en todos los actos civiles*”. El art. 267, establece que los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos sometidos a su patria potestad, con excepción de los bienes que adquieran por su oficio público, industria o profesión, siendo a tal fin considerados habilitados de edad o emancipados. El art. 1279, declara que son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito; se mencionan incapacidades relativas (menores adultos y

comerciantes fallidos) y el art. 1280 se refiere a las especiales que se imponen a determinadas personas con relación a ciertos actos (entiendo que hace remisión a las incapacidades de derecho, como las que pesan en los jueces de no adquirir bienes sometidos a su jurisdicción, etc., lo que concuerda con el art. 1459, CC español). No encuentro referencia alguna a la persona por nacer, pero en el art. 217 se dispone la imposibilidad del marido de cuestionar su paternidad, con relación a los nacidos antes de los 180 días de celebrado el matrimonio, inc. 3º, *“Si la criatura no ha nacido viable, esto es, de vida y que haya vivido veinticuatro horas naturales”*. Rige en Uruguay un Código de la Niñez y Adolescencia, que relaciona sus derechos y deberes. El art. 1 expresa que *“El Código de la Niñez y la Adolescencia es de aplicación a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad. A los efectos de la aplicación de este Código, se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad”* (sic); no hay referencia a los concebidos o personas por nacer. El art. 2 dispone que *“Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas”*; y el art. 3 establece que *“Todo niño y adolescente tiene derecho a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*. El art. 6 establece que *“Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”*. No hay, pues, una disposición precisa acerca del inicio de la vida y, consecuentemente, de la personalidad.

3.18. El CC de Venezuela. El CC de Venezuela de 1942, tuvo una gran influencia del CC francés de 1804. El ahora vigente rige desde el 26 de julio de 1982; establece en su art. 16, que *“Todos los individuos de la especie humana son personas naturales”*. El art. 17, dice que *“El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo”*. Es decir, que a los fines de la defensa de sus derechos, entre ellos, el derecho a la vida, se tendrá a la persona por nacer ‘como nacida’. El art. 1.443, establece que *“Los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se*

hayan concebido. Para la aceptación, los hijos no concebidos serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante, según el caso. A menos que el donante disponga otra cosa, la administración de los bienes donados la ejercerá él, y en su defecto, sus herederos, quienes pueden ser obligados a prestar caución”. Aunque no establece el comienzo de la personalidad, les reconoce a las personas por nacer la posibilidad de ejercer derechos.

3.19. El Proyecto de CC unificado con el Cód. de Comercio. Se trata del redactado por la Comisión creada por el decreto 685/95. Contiene una regulación similar al del CC de Vélez Sarsfield en materia de personas; su Exposición de Motivos, en relación a las ‘personas humanas’, ratifica mis afirmaciones precedentes, por lo que cabe transcribir su pensamiento: “2. *Se adopta la terminología ‘personas humanas’ a lo largo de todo el Código. Pese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concebida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es, por el contrario, que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin*⁸. *Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la Asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994”.* En el punto inmediato siguiente agrega: “3. *Al tratar el comienzo de la existencia de las personas se dispone que ello se produce con la concepción; se elimina la expresión ‘en el seno materno’ para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas. El texto se adecua entonces a la realidad*

⁸ Cabe recordar aquí el lúcido fallo de la Corte federal: “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (CS, 24/10/2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana C.cv. Estado Nacional”, JA 2001 - I - 464).

científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 4º, inc. 1º)”⁹.

El art. 15 establece que “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”. La norma siguiente sienta la presunción de que la concepción se ha producido entre el tiempo mínimo (180 días) y el máximo (300 días) del embarazo. El art. 17 dispone que los derechos y obligaciones que el concebido adquiere, quedan irrevocables con el nacimiento con vida y, si esto no ocurre, se entiende que la persona nunca ha existido. La ley presume el nacimiento con vida. Llama la atención la incorporación de las obligaciones en el texto, desde que las personas por nacer son incapaces (de hecho, art. 19) y la regulación tradicional apuntaba a reconocerle capacidad para recibir por herencia, donación o legado. La Exposición de Motivos no contiene referencias a este respecto, pero podría ocurrir que dentro de la donación o legado se le impusiera una determinada carga. Así lo admite el art. 1427, donde prevé que los incapaces de ejercicio pueden recibir donaciones que deben aceptar sus representantes legales y, en caso de contener un cargo, requieren autorización judicial; lo que constituiría una obligación a cumplir por sus representantes legales (en general, sus padres, art. 45 y 46, inc. 1º). El Proyecto incorpora la representación promiscua del Ministerio Público (arts. 47 y 48), cuestión de singular importancia en el tema que motiva este trabajo, a lo que habré de referirme en adelante. La existencia de la persona humana termina con su muerte (art. 131).

3.20. El CCCN argentino. Sancionado por la Ley 26.994, vigente desde el 1 de agosto de 2015, ha suscitado numerosas divergencias sobre la condición que el Anteproyecto que le dio origen atribuyó a los embriones humanos. El Título I, del Libro Primero, Parte General, del Código sancionado, se refiere a la ‘persona humana’, lo que ha permitido a algunos discernir que ciertos animales fueran ‘personas no humanas’ y sujetos de derechos¹⁰. El art. 19,

⁹ *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Nota de elevación, fundamentos y legislación comparada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 999, p. 22.

¹⁰ Fallo de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, de 18 de Diciembre de 2014, autos ‘Orangutana Sandra s/ Pedido de habeas corpus’, donde resolvió. con cita de Eugenio Raúl Zaffaroni, otorgarle “el carácter de sujeto de derecho, pues los sujetos no humanos son titulares de derechos”, aunque el mismo CCCN dice que son ‘cosas’ y establece un régimen a su respecto (art. 1947, inc. ii, como ‘cosas muebles’; el art. 1759

establece: “*Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”. No define la ‘concepción’, sino que se refiere a la época de la misma, como “*lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo*” (art. 20), como en el caso del Proyecto de 1995/98. No responde a un criterio científico -como lo estableció la Corte federal en el caso “Portal de Belén” con cita médica y científica-, confundiendo duración del embarazo con el inicio de la vida embrionaria. Ya decía Vélez Sarsfield en la nota al art. 72: “Por otra parte, ¿cómo conocer el día de la concepción? ¿Qué médico puede decir que el nacido no ha estado sino 178 días en el vientre de la madre, y no los 180, los seis meses fijados por las leyes?”. Es probable que la ciencia actual lo determine con precisión, aunque Marisa Herrera sostiene que “concepción y embarazo tienen una fuerte vinculación o retroalimentación. Constituyen dos hechos facticos en que no se sabe con exactitud cuando se producen y el lapso de duración”¹¹; de allí la determinación de la ‘época’ del embarazo. El CC de Vélez Sarsfield, en el art. 63, ya citado, dice: “*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*”. El CCCN tiene tres referencias a las personas por nacer: en el art. 24, inc. ‘a’ (incapacidad de hecho), en concordancia con el art. 101, inc. ‘a’, cuando establece que sus representantes son sus padres, y en el art 592, sobre impugnación preventiva de la filiación, que no se aplica en caso de TRHA, con lo que habría una nueva categoría de hijos, a los que se les prohíbe la indagación de su filiación, con lo que se viola su derecho a la identidad (arts. 7 y 8, Convención sobre los derechos de los Niños, de jerarquía constitucional, arts. 31 y 75, inc. 22, CN argentina)¹². El art. 70, CC de Vélez, dejó asentada una tradición jurídica que encarna en el art. 33, CN, sobre derechos implícitos o no enumerados, además de la cita del principio

remite al art. 1757, relativo a la responsabilidad por el hecho de las cosas, en donde la responsabilidad es objetiva; por cierto, la responsabilidad es del dueño o guardián de la cosa, art. 1758).

¹¹ *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Lorenzetti –Director-, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires y Santa Fe, 2014, t. I, p. 100.

¹² Art. 2. "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales". Viola, además, el art. 16, CN, sobre ‘igualdad de los iguales’ frente a la ley.

romano *nasciturus pro iam nato habetur* ('al por nacer se lo tiene por nacido'), como ya he expresado. Conforme al art. 70, CC de Vélez, los derechos quedan irrevocablemente adquiridos con el nacimiento con vida, "*aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre*"¹³. El art. 21. CCCN, dice: "*Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida*". El art. 1549, CCCN, dispone que la donación hecha a un incapaz debe ser aceptada por sus representantes. No hay mención en el CCCN, como lo hacía el CC anterior, acerca de los modos de adquisición de derechos por la persona por nacer (herencia, donación o legado), pero por el art. 22, CCCN, se declara que 'toda persona humana' tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes jurídicos ('deberes' tiene una amplitud mayor que 'obligaciones').

3.21. La Ley 26.862 argentina de Reproducción Médicamente asistida.

Sancionada el 5/06/2013, antes de la vigencia del CCCN (01/08/2015). Su objeto fue "*garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*" (art. 1). Comprende las "*técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones*" (art. 2), con lo que autorizaba, vigente el CC de Vélez Sarsfield, la manipulación de embriones humanos para satisfacer aquellos objetivos. Tiene derecho "*a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad*" (art. 7), los que quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) a cargo del sistema público, de la seguridad social (obras sociales) y privado (prepagas) de salud, sin exclusión por la orientación sexual o el estado civil de las personas (art. 8). Sus disposiciones son de orden público y aplicables en todo el territorio nacional (art. 10). Fue reglamentada por Decreto N° 956/13, cuya exposición de motivos invoca, entre otras citas, el Derecho internacional de los DDHH, y "la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal

¹³ No fue feliz la redacción de Vélez Sarsfield en el art. 74, CC. Lo que allí consta debió colocarse a continuación del párrafo final del art. 70. Pues, Vélez no intentó negar la existencia de la persona por nacer, desde que fue contundente en el art. 70, sino de explicitar que los derechos adquiridos lo fueron bajo una condición resolutoria: el nacimiento con vida. Por tanto, la frase 'como si no hubieran existido' alude a un hecho extintivo del derecho adquirido; y sólo a eso. Es coherente con el art. 52, que marca las fases a que está sometida la 'adquisición de los derechos'; el inc. 4°, indica 'la pérdida total del derecho'; el hecho que la produce, en las personas por nacer, consiste en no nacer vivo. Remito a lo expuesto antes en el texto. Vélez aceptó el derecho del 'concebido' a suceder (art. 3290, CC); no al no concebido, ni aún bajo condición suspensiva; la sucesión se defiere "pura y simplemente, de una manera irrevocable" (nota al 3290).

modo, una sociedad más democrática y más justa” (sic). Una de las autoras del proyecto inicial invocó la jurisprudencia de la Corte IDH; sostuvo que los embriones no son personas pero tampoco son cosas, afirmación que no tiene anclaje en el sistema normativo. Así resulta del art. 2311, CC de Vélez, según ley 17.711: “*Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor*”; el art. 16, CCCN dice “*Los bienes materiales se llaman cosas*”. Vélez había consignado ‘objetos corporales’. Por tanto, si en el CC vigente como en el CC de Vélez Sarsfield, los concebidos y no nacidos son ‘personas’, es ilícita toda disposición de ellas y, por la misma razón, su extinción voluntaria. No hay una ley de protección de los embriones, pero sí un Proyecto en Diputados, inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 26.862 (Expte. N° 6803-D-2013)¹⁴. El decreto reglamentario distinguió las TRHA en de baja complejidad y de alta complejidad; entre éstas, previó “*aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos*” (art. 2); y facultó al Ministerio de Salud, autoridad de aplicación, a incorporar nuevos procedimientos. Creó un Registro único de establecimientos sanitarios autorizados para llevar a cabo las prácticas; insistió en la necesidad de prestar el consentimiento informado del beneficiario, que puede ser revocado antes de la ejecución de la práctica y de la implantación y reiteró la obligación de los entes prestadores a incorporarlas en sus cartillas de prestaciones. Puso a cargo de la Salud pública (del Estado) los gastos que demande a los argentinos y habitantes con residencia definitiva, la aplicación de las técnicas a quienes no tengan las citadas coberturas, e impone a los estados provinciales asumir esos costos (art. 10). El art. 8, dispone que las personas pueden acceder hasta a cuatro tratamientos de baja complejidad y hasta tres de alta complejidad, con intervalos de tres meses; impone además la realización de al menos tres intentos de baja complejidad antes de acceder a uno complejo. No exige demostración de la infertilidad ni de la imposibilidad

¹⁴ Prohíbe la eliminación deliberada de embriones humanos, estableciendo para su preservación los máximos recaudos técnicos y científicos posibles; prohíbe todo tipo de comercialización, su utilización con fines industriales y toda experimentación destructiva de embriones humanos.

de lograr un embarazo. Cuando se requieran gametos o embriones donados, éstos sólo provendrán de los establecimientos registrados. Desde que sólo pueden ser donadas en nuestro derecho ‘cosas’ y los embriones no lo son, la ley no tiene cabida legítima en el ordenamiento. Esta ley allanó el camino para toda suerte de manipulación de embriones humanos, donde la interrupción voluntaria del embarazo es, sólo, un modo más específico de atentar contra la vida humana. Por cierto, esta ley como la que probablemente se avecina, son inconstitucionales aunque no he advertido que el Ministerio Público Fiscal, haya interpuesto una acción concerniente al respeto de la vida.

La ‘constitucionalización del derecho civil’, debe entenderse como un desarrollo armónico de los derechos y garantías de la Constitución, a través del CC y de sus leyes complementarias; sólo así adquiere verdadera validez la expresión del doctor Borda, recordada por los redactores del Proyecto de 1995/98, cuando aquél presentó la ley 17.711. Dijo entonces, que a riesgo de ser tildado de herético, se sentía “tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional” porque ella “está más alejada de la vida cotidiana del hombre” que el Código Civil, el cual en cambio, “lo rodea constantemente, es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad” (Nota de elevación, del 18 de diciembre de 1998). No puede ser ésa la posición del jurista, abogado o juez. La Corte federal acuñó desde antaño la necesidad de respetar la Constitución e imponerla sobre la ley; con mayor razón, frente a una ley inicua que autoriza la afectación de la vida de la persona, dentro o fuera del seno materno. Dijo la Corte: “es elemental en nuestra organización constitucional, la **atribución que tienen y el deber en que se hallan** los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, **uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución**, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos” (CS, *Fallos* 33:162; énfasis añadido).

La ley 26.946 orgánica del Ministerio Público nacional, en su art. 25, inc. 'g', aunque debió ser el primero de su articulado, dice en orden a sus funciones: “g) *Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República*”. La ley V N° 94, antes ley 5057, del Chubut, dice en su art. 1°: “*El Ministerio Público Fiscal forma parte del Poder Judicial con autonomía funcional. Tiene como misiones la investigación y persecución de las conductas delictivas, la defensa de la Constitución y de los intereses colectivos y difusos, cuando razones de oportunidad así lo indiquen, y la custodia de la eficiente prestación del servicio de justicia tendiente a la satisfacción del interés social*”. La Constitución del Chubut, que expresamente se somete a la Constitución Nacional y a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en el art. 195, en lo relativo a las funciones del Ministerio Público, dice: “*El Ministerio Fiscal tiene las siguientes funciones: 1. Prepara y promueve la acción judicial en defensa del interés público y de los derechos de las personas. A tales fines se **entiende como interés público tanto el interés del Estado cuanto la violación de los intereses individuales o colectivos***” (énfasis añadido). Ciertamente que, ambos Ministerios, nacional y provincial, incumplen en lo que aquí interesa, ese sustancial cometido, que hace a la defensa de la vida de los que no pueden defenderse por sí solos.

3.22. El CC del reino de España. Vigente por real decreto del 4 de julio de 1889, recibió la influencia del CC francés y éste influyó en la codificación americana, siguiendo en lo que aquí toca, la orientación del CC chileno, así como se advierte la influencia del CC argentino en la conceptualización de la culpa (art. 512, CC argentino, art. 1104, CC español). El art. 29, dice: “*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”; y el art. 30, establece que “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”¹⁵. Es un argumento o falacia circular, empleado para justificar una idea preconcebida que interesa al

¹⁵ Modificado por la Disposición final tercera. Reforma del Código Civil, según Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio. El art. 30 anterior, decía: “*Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”.

legislador; la razón se habría originado en el derecho a la sucesión, que supone que el heredero sobreviva al causante. Así, si es de interés del concebido será persona y consolidará el derecho adquirido si nace con vida; y, según creo, carece de sentido sostener que el derecho se consolida ‘retroactivamente’, a la fecha de la concepción¹⁶, pues, si no es del interés del concebido, nada habrá adquirido aunque naciere con vida. Además de que, según creo, el nacimiento con vida opera como una condición resolutoria que, al producirse el hecho resolutorio, consolida la adquisición definitiva del derecho transferido. Las contradicciones de este CC español y sus leyes complementarias, no pueden explicar cómo y hasta dónde funciona la protección del no nacido ‘en cuanto asuntos de su interés’, toda vez que admite la interrupción voluntaria del embarazo y no concurre a su defensa autoridad pública alguna. Mostraré en adelante como termina esta aventura abortista con la manipulación lisa y llana de los embriones humanos. A simple modo de ejemplo, el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, modificada el 21 de septiembre de 2015 (Ley orgánica 11/2015, de 21 de septiembre), refiere a los “*Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación*”; en el punto 5, segundo párrafo, se establece que “*Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil*”. El art. 162, CC español, prevé la representación por los padres de los hijos menores, la que cesa en caso de conflictos de interés entre unos y otros (inc. 2º). El art. 163 establece, con amplitud y sin limitación a cuestiones patrimoniales, que “*Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar*”. En el aborto voluntario, de una mujer

¹⁶ Así piensa Antonio Gullón Ballesteros, en *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta –Coordinador–, Barcelona, 2000, t. I, p. 589. El reconocimiento de la personalidad desde la concepción, evita esa problemática.

mayor de 16 años, pero menor de edad, no está prevista la representación de la persona por nacer.

3.22.1. Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Modificada por la Ley Orgánica 11/2015 (de 21 de septiembre, BOE-A-2015-10141, publicada el 22/09/2015, en vigor a partir del 23/09/2015), sólo para imponer la representación obligatoria de los padres de la menor de 16 y 17 años, en orden a su decisión de interrumpir su embarazo. La lectura del Preámbulo de la ley es pródiga en citas de instrumentos jurídicos en favor de la autonomía de la mujer ligada a su libertad sexual y reproductiva y a decidir sobre la posibilidad de tener hijos. Tanto se ha postulado la igualdad de la mujer (‘igualdad de género’) que, en este particular caso, el padre que ha generado ese embarazo no querido por la mujer, no es consultado en ningún momento -como no lo es el concebido, carente de toda representación-, acerca de su deseo de que su paternidad sea efectiva con el nacimiento del por él engendrado.¹⁷ En sentido contrario, tampoco podría imponer su voluntad a la mujer, desde que la ley sólo le concede a ella la facultad de interrumpir su embarazo. Aunque parezca anecdótico, la igualdad de derechos entre hombre y mujer, no opera con igual fuerza legal en orden a la facultad reproductiva y a la planificación de la familia, pese a que el art. 2, inc. ‘c’, acuerda los derechos a ‘la persona’ y no solamente a la mujer. Define: Salud reproductiva, como “*la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos*” (el remarcado es añadido ahora). El art. 3, referido a los principios y ámbito de aplicación, vuelve a referirse a ‘las personas’ (en general y no a las mujeres en particular): “*1. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes*” (énfasis añadido). Y el nº 2, dice:

¹⁷ El art. 6 (usuarios de las TRHA), Ley Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, modificada el 14 de julio de 2015, establece: “*3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal*”.

“Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”. Como fines del Estado, el art. 5, nº 2, inc. ‘a’, sostiene: *“Asimismo en el desarrollo de sus políticas promoverán: a) Las relaciones de igualdad y respeto mutuo entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud sexual y la adopción de programas educativos especialmente diseñados para la convivencia y el respeto a las opciones sexuales individuales”*.

El art. 13, prevé los requisitos impuestos para la interrupción voluntaria del embarazo. Ellos son: Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección; que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado; que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente; el consentimiento no será requerido cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica y no sea posible obtener una decisión de representantes o parientes. El art. 14, prevé la interrupción del embarazo a petición de la mujer, bajo los siguientes requisitos: Que opere dentro de las catorce (14) primeras semanas de gestación; que se haya informado a la mujer acerca de sus derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; que transcurran tres días desde esa información y la intervención. El art. 15 prevé la interrupción por causas médicas, siempre que no supere el embarazo las veintidós (22) semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, conforme a dictamen médico de especialista distinto al que practique la intervención; también en caso de urgencia, por riesgo vital para la mujer; que no se superen las veintidós (22) semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto, certificadas del modo indicado antes; y cuando se *“detecten anomalías fetales incompatibles con la vida”* y así conste en dictamen emitido en la forma antes consignada; o cuando se detecte una enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto, en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

El art. 17, nº 2, inc. ‘c’, prevé cierta información disuasoria que debe entregarse en forma previa a la intervención y consiste en hacerle saber a la mujer *“Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y*

ayudas al nacimiento”. Disposición ésta que debiera presidir la información pública dirigida a las interesadas en el procedimiento. El nº 4 prevé que en todos los casos y en forma previa, se le informe a la mujer “*específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo*”. La ley establece un sistema para asegurar la confidencialidad de la intervención. Deroga el artículo 417 bis del Texto Refundido del Código Penal (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio), pero mantiene el reproche penal para todo facultativo que participe de la práctica, mediando consentimiento de la mujer, fuera de los casos autorizados por la ley, con pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a seis. La mujer es penada con multa. Además, se modifica el art. 145 bis que pena con multa al facultativo que no observa el cumplimiento estricto de todos los requisitos indicados antes. Autoriza al juez a aplicar mayor pena, dentro de la escala prevista, si la intervención se realiza superado el plazo de veintidós semanas de gestación, fuera de las situaciones admitidas. Cabe destacar que la ley no contiene ninguna limitación relativa al estado civil de la mujer; ignoro cómo se resuelven los conflictos que se susciten en el ámbito familiar en relación a la planificación de la familia y al ejercicio de la libertad reproductiva de ‘toda las personas’. En todo el texto de la ley no hay una sola mención a la persona por nacer. Como he mostrado antes, algunos CC americanos le reconocen derechos a recibir por donación y, aún por testamento. Así resulta del art. 627, CC español, y es la única alusión a los concebidos que contiene este CC, además de la del art. 29. Otro, como en el CC boliviano (arts. 663, 1008 y 1122), le concede derechos aunque no hubiera sido concebido a la fecha de la donación o de la muerte del autor de la sucesión.

3.22.2. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Tiene una última modificación en 29 de julio de 2015. En su art. 2 se refiere al interés superior del menor –que prima “*sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”–, y lo declara tal hasta los 18 años. No se refiere a la concepción, al embrión ni a la persona por nacer; España ratificó la Convención DN, en 30 de noviembre de 1990. La Exposición de Motivos enfatiza en sostener la calidad de ‘sujetos de derechos’, sobre la base de “*las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección*”. En

el art. 21 bis, respecto de los derechos de los menores acogidos, les reconoce el derecho de “*Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad*”, punto 1.j). Debe correlacionarse con la Ley de TRHA.

3.22.3. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. La Exposición de Motivos indica como precedentes la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. Esta última permitía la experimentación sobre los embriones, con restricciones y diferenciaba entre los concebidos antes y después de su vigencia. La 14/2006 fue modificada en 14 de julio de 2015 (BOE-A-2006-9292). Introduce la noción de preembrión, definido en el art. 1.2, como “*el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*”. El art. 3.2, establece que “*En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo*”, aunque la Exposición de Motivos dice que se elimina en el texto legal el número de transferencias, que se sujetan a las indicaciones médicas respectivas (punto II, antepenúltimo párrafo, p. 420). No se advierte en qué consisten los “*instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión*” (mismo párrafo). No se entiende la frase ‘en cada mujer’ y, tampoco, la limitación a tres preembriones en cada ciclo reproductivo (art. 3.2) desde que se le niega la condición de persona, única de la que puede predicarse ‘dignidad’. El art. 5.1, caracteriza a la donación de gametos y preembriones, como contrato gratuito entre el donante y el centro médico¹⁸, por lo que según mi visión de las cosas, autoriza a contratar sobre

¹⁸ Desde que el ‘dueño’ del preembrión es el centro médico (donatario gratuito), será quien contrata con los interesados en la fertilización, toda vez que la ley admite la fertilización heteróloga. Podrá disponer como donante de los sobrantes con fines reproductivos (art. 11.4.b), pero requiere el consentimiento de los progenitores (art. 11.5 y 6, últ. párr., Ley 14/2006). La Ley no define ‘ciclo reproductivo’ (que debe entenderse el que se inicia con la menstruación y termina el último día anterior a la próxima, período aproximado a los 28 días, en que el ovario produce folículos uno solo de los cuales madura y libera un óvulo u ovocito, que se aloja en las trompas de Falopio a la espera de su encuentro con el espermatozoide; su vida es efímera, aproximadamente 12 horas), con lo que la mujer contará con 36 preembriones por año, sin límite de edad ni de otro, en tanto se le asegure ‘posibilidades razonables de éxito’ y que no haya daño a la salud de la mujer, ni resulte perjudicial para los eventuales descendientes. Me llama la atención que la mujer no pueda seleccionar personalmente el donante (art. 6.5); en tal caso, la eugenesia la practica el banco de esperma. Y, entre otras cuestiones –como la fecundación por testamento del marido, válida hasta 12 meses después de su fallecimiento, art. 9.2, que contrasta con el art. 11.1, donde el semen solo puede guardarse durante la vida ‘del varón de quien procede’-, que no puedan nacer en España más de 6 hijos de un mismo donante (art. 5.7). Es

seres humanos, además de los productos del cuerpo. El contrato deberá ser escrito, y se garantiza el anonimato del donante, aunque el hijo nacido y las mujeres receptoras pueden reclamar información del donante, que no incluye su identidad. Viola también el derecho a conocer el origen biológico del niño que habrá de nacer, según la Convención DN, aunque ésta no habla de identidad ‘biológica’¹⁹; no imagino cuál identidad puede ser más importante que saber quién es la madre y el padre del nacido. Tiene el mismo criterio de la ley argentina en orden a la sujeción de las nuevas TRHA según los avances tecnológicos y científicos. Prohíbe la clonación con fines reproductivos, pero permite el diagnóstico genético preimplantacional en prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento (sobre el preembrión vivo *in vitro*, art. 12.1. ‘a’ y 13.1) y la posibilidad de seleccionar preembriones que “*puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo*”, lo que, sin eufemismos, permite la experimentación en embriones humanos y su utilización en otras personas; y así lo dispone expresamente respecto de los sobrantes (art. 11.4. ‘c’). Una suerte de ‘rueda de auxilio’ o almacén de repuestos para casos de necesidad, lo que demuestra que el fin de la ley de fertilización asistida (“efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación”, 2ª y 3ª línea, punto II, Exposición de Motivos), no se circunscribe al auxilio del derecho a la reproducción, sino también a la disposición de los embriones (art.1.1. ‘c’ y arts. 12.1. ‘a’ y 15). Para finalizar, de acuerdo a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (modificada en 2 de junio de 2011, BOE-A-2007-12945), es ‘embrión’, “*la fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener*” (sic, art. 3.1). Y es ‘feto’, el “*embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde*

una infracción grave (art. 26). Si se excede, procede la destrucción ‘de las muestras’. Y, si ya se usaron, habrá que destruir el producto?

¹⁹ Art. 8: “1. 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 ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Elementos de la identidad, son también los referidos a la identidad biológica.

los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto” (sic, art. 3. ‘n’). Esto significa que el ‘preembrión’, es ‘embrión’ desde la fecundación en el seno materno, y que tiene aquel carácter o condición, cuando es resultado de una concepción extra uterina. Esta ley 14/2007, con su modificación de 2011 (ley posterior deroga ley anterior), si bien prohíbe la constitución de embriones y preembriones ‘para’ (con el destino preconcebido) la investigación, la permite con amplitud respecto de los sobrantes, así como autoriza la donación de preembriones, embriones y fetos humanos **con fines de investigación** (art. 1. ‘b’)²⁰. El art. 2, sobre ‘principios y garantías’ de la investigación biomédica, es un verdadero galimatías; parece que ‘ser humano’ y ‘persona’ son diferentes porque dice asegurar “*la protección de la dignidad e identidad del ser humano*” y garantiza “*a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales*”. Desde que del primero (‘ser humano’) no se garantiza su ‘integridad’, quedaría claro, y es obvio en ese sistema normativo, que ni preembriones, embriones y fetos, gozan de esa protección²¹. No advierto que el derecho a la procreación, a la autonomía y a la planificación de la familia, ni a los adelantos de la ciencia, justifiquen esta discriminación ni advierto que, más allá de la declamación de su Exposición de Motivos²², se proteja la dignidad de lo humano, que cede en favor de la autonomía personal y de los centros de investigación y aplicación de las TRHA, en perjuicio de la persona por nacer que no tiene, así, defensa ni

²⁰ También el art.11.4, Ley 14/2006, de 26 de mayo dispone: “*Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones criopreservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico criopreservados, son: a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge. b) La donación con fines reproductivos. c) La donación con fines de investigación. d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos criopreservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores*”.

²¹ El aborto voluntario no está penado en España, de modo que está abierta la puerta para cualquier exceso.

²² “En particular, la Ley se construye sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación. En este sentido, la Ley establece que la libre autonomía de la persona es el fundamento del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa. Asimismo, se establece el derecho a no ser discriminado...”.

defensor alguno. Más allá de las cuestiones éticas y confesionales que, ni tan siquiera enumeró, es claro que el punto de partida que lo permite casi todo, es la consideración de que la personalidad humana no empiece con su concepción, dentro o fuera del seno materno²³.

3.22.4. La ley de Protección del Embrión N° 745/90 de Alemania. Del 12 de diciembre de 1990, en su art. 8.1, sostiene que *“hay ‘embrión’ desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares”*. En el párr. 2, dice: *“El óvulo humano fecundado se entiende susceptible de desarrollo en el curso de las primeras 24 horas siguientes a la fusión de los núcleos celulares, a menos que se hubiera constatado, antes del transcurso de este período, la imposibilidad para el óvulo fecundado de desarrollarse más allá del estadio unicelular”*. También, establece penas privativas de la libertad y multa, entre otras interdicciones, a *“quien provocara el desarrollo extracorporal de un embrión humano para un fin distinto al de provocar un embarazo”* (art. 2.1).

4. La cuestión de los embriones. No obstante que el art. 19, CCCN argentino, estableció que la existencia de la persona comienza con la concepción, sin establecer el ámbito en que se produjo, el art. 21, CCCN agregó un nuevo sujeto, el ‘implantado’, con iguales derechos que el ‘concebido’, más no tanto, si se tiene en cuenta la prohibición de investigar la identidad del donante con cuyo aporte fue engendrado. Dice: *“Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”*. Recuérdese que el art. 15, Proyecto de CC de 1995/98, suprimió la frase ‘en el seno materno’, *“para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas”*²⁴. El carácter de persona del art. 19, se mantiene en el segundo párrafo del art. 21, pues dice que *“Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”*. Debe advertirse que el implantado (embrión

²³ En las definiciones del art. 3, Ley 14/2007, no se encuentra ‘ser humano’ ni ‘persona’, pese a que en la Exposición de Motivos la Ley tendería a precisar “importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano” (punto I, 2º párr., al final).

²⁴ Proyecto de Código Civil ..., cit., “Fundamentos...”, op. cit. p. 32, nro. 3.

humano formado por TRHA), recién adquiere el carácter de persona –según el texto-, con la implantación, y consolida sus derechos con el nacimiento con vida, lo que lo instala en condición de ‘cosa’ hasta aquel momento; aunque hay quien sostiene que no es lo uno ni lo otro²⁵. El art. 51 sienta una disposición de sumo interés: *“Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”*. Este principio, que debiera presidir todo el ordenamiento, en los supuestos de reproducción asistida es bastante menos que una promesa; recuerdo aquí que, la ‘promesa’ tiene efectos jurídicos (art. 198, en materia de donación; 734; 995; 1008 y 1026, obliga a quien la garantiza; 1635, promesa de liberación del deudor; 1803, promesa de recompensa; 1807 y 1808, promesa al ganador de un concurso; etc.). El CCCN contiene tres indicaciones sobre el embrión: El art. 9, de la Ley 26.994, establece normas transitorias; de ellas, consigno la Segunda, de interés en este estudio: *“La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”* (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación). La Tercera dice: *“Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.”*

²⁵ El problema de los sexos, que preocupa a los antropólogos, no debiera ser un ‘problema’ jurídico, en tanto el sistema jurídico clasifica y separa las ‘personas’ y las ‘cosas’, estableciendo las relaciones que se anudan entre aquéllas, y el modo en que se adquieren y disponen éstas, o se responde de los daños causados con su intervención. En Argentina, en la causa ‘Comunidad Homosexual Argentina’, la homosexualidad fue considerada por la Academia de Medicina y aceptada por la Corte federal, como una ‘anomalía’ (“desviación del instinto sexual normal”). Se confirmó allí, por mayoría, la sentencia de cámara, que justificó la negativa de la IGG de negarle la personería jurídica, en razón de que el Estatuto hacía una defensa de la homosexualidad más que una protección de la minoría homosexual. El voto del juez Boggiano, anticipa lo que la presión de las minorías genera en la sociedad general: “Y no parece irrazonable que el tribunal originario haya juzgado exenta de arbitrariedad la decisión de la Inspección que denegó tal objetivo. Una minoría tolerada requiere siempre una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen en tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de esos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior, pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso de poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución” (sic). Hoy los tribunales de derechos humanos ‘matan’ seres humanos. Adhiero, pues, a las conclusiones del juez Boggiano.

(Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación; énfasis agregado ahora). Sin concordancia con esta disposición, el art. 562 establece: “*Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*” (énfasis añadido ahora). Esta noción, ajena al orden natural, se aparta del principio de la verdad biológica, prescindiendo de la titularidad del material reproductivo utilizado. La ley autoriza aquí una suerte de bigamia que altera el orden y la unidad de la familia. No obstante, la ley autoriza la indagación de su origen como ‘derecho a la información’ del nacido por aporte de gametos de terceros (art. 563). El art. 564, autoriza esa indagación cuando es relevante para la salud y, ‘por razones fundadas’, a que se revele la identidad del donante, lo que ya supone el último párrafo del art. 563, desde que en caso de aportes de terceros, debe constar en el legajo base de la inscripción del nacimiento. Por el art. 575, que insiste en que en los casos de TRHA, es el consentimiento ‘informado y libre’, el que define la filiación, por lo que “*no se genera vínculo jurídico alguno*” con el tercero aportante –no se entiende, entonces, por qué ha de prestar su consentimiento en la inscripción del nacimiento-, pero se admite su indagación en orden a los impedimentos matrimoniales. Desde que el precepto refiere al derecho del hijo a conocer la identidad biológica, aunque sólo para preservar su derecho a la salud y en razón de los impedimentos matrimoniales²⁶, no aparece cumplido el derecho reconocido en los arts. 7 y 8 de la Convención

²⁶ La indagación de la paternidad fue establecida por Vélez Sarsfield en su CC, en épocas en que era un verdadero escándalo su planteo. Las fronteras tan difusas y cambiantes de las TRHA (naturales, morales y jurídicas), sobre lo que no abro juicio ahora, me recuerdan la nota del Codificador a su art. 325; luego de su encendida defensa de la posesión de estado, dice: “Si se prohíbe, pues, la indagación de la paternidad se da lugar a verdaderos escándalos y se destruyen todas las leyes que crean el orden de las familias” (sic). La Convención ADH, en su art. 17.1, dice: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”. Derecho que no puede ser alterado ni en caso de suspensión de garantías (art. 27). Habrá que meditar en qué medida el CCCN cumple la obligación de adecuar el derecho interno a las prescripciones de la Convención; el art. 2638, últ. párr., dice en la adopción: “*En todos los casos, el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen*”. Y, qué ocurre, si en la sucesión del padre biológico, quedan bienes vacantes? (art. 2432, CCCN). Lo más conveniente para el menor sería reconocer su derecho a la sucesión, operando el principio *pro homine* frente al Estado.

DN²⁷, lo que contrapone lo expuesto con la Constitución Nacional (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). La ley tampoco autoriza a reclamar obligaciones parentales y alimentarias, propias del padre biológico²⁸. Desde mi óptica de la cuestión de los derechos de la persona, es un débil e insuficiente cumplimiento del principio del ‘interés superior del niño’, a lo que me refiero en adelante. El art. 577, refuerza lo dicho al prohibir la acción de impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de hijos nacidos por las citadas técnicas, lo que se aplica tanto al padre biológico como al hijo. El párrafo final del art. 577, prohíbe el reconocimiento del hijo nacido de TRHA, con aporte de terceros. Con prescindencia de estas cuestiones que apuntan a mostrar la inconveniencia de tratar a las personas como cosas y a alterar el orden natural de las relaciones humanas, sí interesa la previsión del art. 574 que, como regla general, admite el reconocimiento del hijo por nacer (que prohíbe en la fecundación heteróloga el art. 577), pues en concordancia con el art. 19, admite que se es persona desde la concepción, lo que concuerda con el art. 4.1 de la Convención ADH²⁹, la postura jurídica tradicional del Derecho argentino con antecedentes del Derecho romano, y la Reserva de interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobados por Argentina y elevados al más alto nivel de supremacía jurídica (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). El CCCN

²⁷ En la sentencia del Caso ‘Fornerón e hija c. Argentina’, sentencia de 27/04/2012, la Corte IDH sostuvo que “el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado” (párr. 119). Como dijo el juez Petracchi de la CSJ argentina, en la causa ‘Muller, Jorge s. Denuncia’, “el derecho a conocer la identidad de origen opera en un nivel superior, de rango constitucional, que trasciende lo concerniente al ‘estado de familia’ y revela el derecho de todo individuo de conocer su verdad personal, su irrepetible historia, que no le puede ser cambiada o escamoteada” (*Fallos* 313-1133).

²⁸ Recuerdo aquí la disposición del CC francés, que acuerda derechos alimentarios al hijo concebido, contra quienes tuvieron ‘relaciones’ con la madre, dentro de los 180 días desde el nacimiento (art. 342, CC, según Ley n° 72-3 de 3 de enero: “*Todo hijo natural cuya filiación paterna no esté legalmente establecida, puede reclamar subsidios a quien hubiera tenido relaciones con su madre durante el periodo legal de la concepción*”).

²⁹ “4.1. *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*”.

no ha sido contundente en la consideración de la concepción como inicio de la vida y de la personalidad del concebido. No se dice, y en el estado actual de la ciencia y técnicas médicas es difícil determinar, en qué preciso momento el ‘implantado’ se volvería persona, cuando hasta allí es tratado como ‘cosa’³⁰, aunque vive, multiplica sus células y crece desde el instante mismo de la concepción. Como mera información agrego que el CCCN suprimió la maternidad subrogada o ‘alquiler de vientre’, lo que entiendo hizo el Reino de España en la Ley 14-2006, de 26 de mayo³¹. Ello hubiera permitido que un niño tuviera tres madres³². El art. 57, dispone: “*Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia*”³³. El art. 560 exige el consentimiento de las personas que se someten a las TRHA; y el art. 561 dispone que “*El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*”. Éste quedará supeditado a lo que se decida a su respecto.

5. La protección de la vida de la persona por nacer. El CC argentino de Vélez Sarsfield no contenía una norma explícita referida a la protección de la vida de la persona por nacer, como lo hizo la inmensa mayoría de los CC civiles americanos que siguieron al CC de Chile, como he relacionado antes. De los doce (12) Estados que siguieron ese modelo (la personalidad se obtiene con el nacimiento), nueve (9) de ellos establecen de modo expreso que la ley protege la vida del no nacido. Argentina, Nicaragua, Paraguay y Perú siguieron la tesis de que la personalidad es el resultado del inicio de la vida con la concepción. El Proyecto de CC argentino de 1995/98, como el CC de Vélez, defirió en los padres la obligación de cuidados de sus hijos a través de

³⁰ El art. 16, segunda proposición, CCCN, dice: “Los bienes materiales se llaman cosas” (sic).

³¹ Art. 10.1. En igual sentido, art. 16.7, CC francés, según Ley N° 94-653 de 29/07/1994: “*Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo*”. Como toda nulidad, sus efectos se retrotraen a la celebración del acto, de donde la gestante sería, además, la madre biológica del nacido, siempre que hubiere usado su propio gameto.

³² No obstante, la Ley 14/2006 sobre TRHA permite, en su art. 7.3, que la mujer casada con otra que ha tenido un hijo, pueda pedir al Registro “*que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*”. El art.10.3, acuerda acción de reclamación de paternidad al padre biológico.

³³ Entiendo que en Islandia, que suele ser referente en nuestro medio en tema de educación, ya no existen nacimientos de niños con síndrome de Down, lo que supone la eliminación del embrión que lo padece.

la patria potestad y, en su defecto, de la tutela. El art. 62 del Proyecto de 1995/98, fija el contenido de la tutela, estableciendo que “*atribuye la representación legal del incapaz y el cuidado de su persona y bienes, aplicándose en lo pertinente las disposiciones de la patria potestad. Se ejerce bajo el control del Ministerio Público. ...*”; además, previó la tutela ‘especial’ para ciertos casos (art. 54). El Proyecto estableció la representación promiscua del Ministerio Público, y como parte esencial en todos los supuestos en que los padres deben pedir autorización judicial (art. 47); con obligación de ejercer las acciones para dotar a los incapaces de representación legal, como para velar o exigir que padres, tutores y curadores cumplan sus deberes inherentes (art. 48). No contiene una representación explícita de la persona por nacer, pero desde que la personalidad es un derivado necesario de la concepción, bastaba que se refiriera de un modo genérico a los ‘incapaces’, o a los menores de edad, pues ya estaba vigente la Convención DN (en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 –aprobación por los dos tercios de los Estados partes en la Convención). Es menester destacar que esta Convención, como ocurre con el art. 29 de la Convención ADH, contiene una disposición similar –art 41- que expresa: “*Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; ...*”. Es decir, que en la interpretación y aplicación de esta Convención, prevalece el derecho interno, en tanto éste considera niño a toda persona menor a los 18 años, contados a partir de su concepción. Aunque es muy obvio, el derecho del *nasciturus* a que su vida embrionaria sea respetada, constituye el primer derecho de la persona por nacer; de allí que el noveno párrafo del Preámbulo de la Convención DN, es importante en cuanto dice: “*Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’*” (énfasis añadido). Es menester recordar que las cláusulas del Preámbulo son operativas es decir obligatorias, toda vez que constituyen un anticipo de los fines que la Convención pretende asegurar, sobre los que los Estados signatarios han expresado su consenso. Vuelvo a consignar que el reino de España es signatario de la referida Convención, con lo que su ordenamiento viola el compromiso asumido en tanto no sólo autoriza la interrupción voluntaria del

embarazo (Ley orgánica 2/2010 y su reforma de la Ley 11/2015), sino que admite la manipulación de embriones para distintos fines. La ley española, como antes indiqué, también prevé la representación de los menores en tanto estén en pugna sus intereses y deseos con sus padres, pero no prevé la representación promiscua, ni ninguna otra, de la persona por nacer. De allí que la ley española y las que siguen ese criterio, no entiendan tener dificultad alguna en la libre disposición de interrumpir los embarazos, o decidir el destino de los embriones y permitir, como de modo explícito lo hace, la investigación ‘científica’ en los embriones vivos, en los descartados y en los fetos muertos. Para no abundar, violar una Convención internacional es un acto ilícito internacional que compromete la responsabilidad internacional del Estado violador, con lo que en cualquier sistema normativo bajo el Estado de Derecho, bastaría conformar el derecho interno a la Convención. Tal conducta internacional no ha sido seguida por el reino de España, así como pone a todos los ordenamientos americanos incluyendo sus Códigos Civiles, partícipes de la Convención DN, en contradicción con las disposiciones contenidas en ella.

El Proyecto de CC argentino de 1995/98, estableció también el Patronato del Estado, poniendo a su cargo “*la atención de la seguridad y de la salud moral, intelectual y física de los incapaces*” (art. 85). Esa protección se ejerce por medio de los tribunales, a través de la actuación del Ministerio Público (art. 86).

El CCCN argentino, no ha previsto una tutela especial de los embriones habidos fuera del cuerpo de la mujer; pero tampoco contiene una disposición explícita acerca de la representación del concebido en el seno materno, más allá de la deferida a los padres por la patria potestad y, en su defecto, a tutores y curadores. La Ley 26.862 (de 5 de junio de 2013), no establece vía de protección alguna de los embriones; su finalidad es “*garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*” (art. 1). Sin embargo, ha de recordarse que el art. 101, CCCN, establece que a los padres corresponde la representación de los hijos por nacer y que, en su defecto, la tutela regulada por el art. 104, CCCN, suple la falta de aquélla o su ejercicio irregular. Destaco, con significativa atinencia a lo que habré de indicar después con relación al fallo “F.A.L.” de la Corte federal, que el CCCN previó la intervención del Ministerio Público en el art. 103, del siguiente modo: “*La actuación del Ministerio Público respecto de*

*personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; **la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.** b) Es principal: i) cuando los **derechos de los representados están comprometidos**, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales”. De modo supletorio se aplican las reglas de la representación, que han sido previstas en los arts. 358 y ss., CCCN.*

No he mencionado que, en general, los sistemas jurídicos que siguen el criterio del CC de Chile, contienen disposiciones en sus códigos penales que punen el aborto. El Código Penal (CP) de Chile, de 12 de noviembre de 1874, con las modificaciones introducidas por las leyes 19.997 (D.O. 14/01/2004) y 21.030 (D.O. 23/09/2017), en los arts. 342 a 345, pune el aborto en distintas formas de comisión, con penas de prisión (‘presidio’ menor y mayor). El art. 344, CP, sanciona la conducta de la mujer de este modo: *“La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”*. El art. 345, CP, dispone: *“El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado”*.

En Bolivia, la reforma del CP boliviano generó una movilización general en el país que dio como resultado una primera derogación de algunos artículos. El art. 157 constituyó uno de los motivos de la repulsa, cuyo texto dice que *“no constituirá infracción penal cuando la interrupción voluntaria del embarazo sea solicitada por la mujer y concurran cualquiera de las siguientes circunstancias: la interesada tenga a su cargo personas adultas mayores, con discapacidad; sea estudiante; se realice para prevenir un riesgo*

presente o futuro para la vida de la mujer embarazada; se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la salud integral de la mujer embarazada; se detecten malformaciones fetales incompatibles con la vida; sea consecuencia de reproducción asistida no consentida por la mujer; el embarazo sea consecuencia de violación o incesto; la embarazada sea niña o adolescente”. Se dice que el presidente Evo Morales habría derogado el nuevo ordenamiento, aprobado el 15 de diciembre de 2017, con fecha 21 de enero de 2018; quedó en vigencia el CP de 1973 (con las reformas del 15/12/1995, 10/03/1997 y 18/03/1997). En esta versión, en el art. 263, establece: *“El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado: 1. Con privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diez y seis años. 2. Con privación de libertad de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer. 3. Con reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento. La tentativa de la mujer, no es punible”*. Preveía con una pena menor, lo que denomina ‘aborto honoris causa’, con el siguiente texto: *“Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de seis meses a dos años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte”*. El art. 266, prevé el ‘aborto impune’, con el siguiente texto: *“Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada. Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios. En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso”*.

El CP de Colombia (vigente por Ley 599 del año 2000, con numerosas modificaciones), reprime también el delito de aborto con sanción a la mujer, declarando impune su tentativa. El art. 122 dice: *“La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”*. El art. 125, CP, pune las lesiones producidas en el feto; dice: *“El*

que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término". El art. 126, establece en el caso de lesiones culposas, que *"Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses. Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término"*. La Corte Constitucional de Colombia, por sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006, condicionó la 'exequibilidad' (es decir la vigencia) de este artículo, en tanto sea entendido como que "no se incurre en el delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto".

El CP de Ecuador, vigente desde el 22 de enero de 1971, pune el aborto provocado por terceros y por la propia mujer. Las disposiciones implicadas, en lo que aquí interesa, dicen: art. 442: *"Cuando el aborto ha sido causado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de causarlo, el culpado será reprimido con prisión de seis meses a dos años. Si las violencias han sido cometidas con premeditación o con conocimiento del estado de la mujer, la prisión será de uno a cinco años"*. El art. 443, dice: *"El que por alimentos, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será reprimido con prisión de dos a cinco años"*. El art. 444, sanciona a la mujer *"que voluntariamente hubiere consentido en que se le haga abortar, o causare por si misma el aborto, será reprimida con prisión de uno a cinco años. Si consintiere en que se le haga abortar o causare por si misma el aborto, para ocultar su deshonra, será reprimida con seis meses a dos años de prisión"*. Prevé también el aborto no punible en los siguientes términos: art. 447: *"El aborto practicado por un*

médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible: 1º. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y, 2º. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer”. Destaco la similitud con nuestro art. 86, CP argentino.

El CP de Costa Rica, pune el aborto y prevé distintas figuras. El art. 118, dice: *“El que causare la muerte de un feto será reprimido: 1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto había alcanzado seis meses de vida intrauterina; 2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer”.* Bajo el título de aborto procurado, el art. 119, CP, dice: *“Será reprimida con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina”.* Bajo el título de ‘aborto honoris causa’, el art. 120 establece: *“Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión”.* Prevé también el aborto como figura impune, el art. 121: *“No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios”.* El art. 122, bajo el título de aborto culposo, dice: *“Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto”.* Este CP de Costa Rica, en su art. 93, establece como supuestos de ‘extinción de la pena’, en lo que aquí interesa, el ‘perdón judicial’. Dice: *“También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos: ... 4) A quien haya causado un aborto para salvar el honor propio o lo haya producido con ese fin a una ascendiente o descendiente por*

consanguinidad o hermana; 5) A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación;...”.

Es fácil advertir la similitud que hay en los tres últimos CP citados en orden a la justificación del aborto mediando peligro para la vida o la salud de la mujer, lo que en doctrina se conoce como ‘aborto terapéutico’ en que, por distintas razones médicas, está severamente comprometida la vida o la salud de la madre. Difiere del ‘aborto eugenésico’, que tiene como causa diversas anomalías en el embrión, que aconsejan su eliminación según criterios de selección que, en general, los ordenamientos jurídicos no autorizan (síndrome de Down), que supone su eliminación sin riesgo de vida para la madre, pero puede producirle daños psicológicos³⁴.

El CP de Cuba, que rige desde el 29 de diciembre de 1987, el más severo y menos garantista de América, con pena de muerte, equiparación del consumo con el tráfico de estupefacientes, que incrementa la pena en caso de reincidir en un 50 %, etc., sanciona el aborto con penas leves, del siguiente modo: Art. 267: “1. *El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas. 2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior: a) se comete por lucro; b) se realiza fuera de las instituciones oficiales; c) se realiza por persona que no es médico”.* El art.

³⁴ Esta cuestión ha sido tratada en profundidad por Andrés Gil Domínguez que, en el caso de la anencefalia (ausencia total o parcial de cerebro, que determina la muerte a las pocas horas o días de nacido, según los casos), estima impune la interrupción del embarazo. Aunque fue objeto de crítica de mi parte, remito a su ilustrado trabajo. Hubo un caso anecdótico en Brasil, en donde a una niña - Marcela de Jesús Ferreira -se le detectó el defecto a los cuatro meses de gestación; luego del parto vivió un año, ocho meses y doce días. La Corte federal autorizó en vía de amparo la inducción al parto en un caso de anencefalia, donde sostuvo: “cabe hacer lugar a la acción de amparo tendiente a que se autorice adelantar el alumbramiento de un niño anencefálico, ya que no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de un ser -para excluir la protección de su vida- que no es persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida, pues tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño, y por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento con gestación de plazo suficiente -trigésima segunda semana-, cuyo resultado -el fallecimiento del niño- no depende de la acción humana, sino de la trágica condición de este último que, al carecer de cerebro, no puede subsistir con autonomía” (CS, 11/01/2001, “T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; el voto del juez Bossert destacó el sufrimiento psicológico de la madre: “el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del *nasciturus*, no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que lleva en su seno un ser desprovisto de cerebro y calota craneana, con viabilidad nula en la vida extrauterina”, siguió ese fallo la SCBA, 25/07/2002, “Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín. Autorización”, que autorizó la práctica por mayoría.

268, establece: “1. El que, de propósito, cause el aborto o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado: a) con privación de libertad de dos a cinco años, cuando, sin ejercer fuerza ni violencia en la persona de la grávida, obra sin su consentimiento; b) con privación de libertad de tres a ocho años, si ejerce fuerza o violencia en la persona de la grávida. 2. Si en el hecho concurre alguna de las circunstancias previstas en el apartado 2 del artículo anterior, la sanción es de privación de libertad de cuatro a diez años”. Si de todo ello resulta la muerte de la mujer, la pena es de prisión de cinco a doce años. El art. 270, pune al que habiendo ejercido violencia contra la mujer, “ocasiona el aborto o la destrucción del embrión, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la mujer, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años, si no le corresponde una sanción de mayor entidad por las lesiones inferidas”. Y el art. 271, dice: “El que, sin la debida prescripción facultativa, expendo o facilite una sustancia abortiva o idónea para destruir el embrión, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas”. De acuerdo con lo que expresan estos dispositivos, no es la preocupación por la situación del embrión lo que motiva una alta penalidad, sino la violencia contra la mujer que origina, del modo previsto, el aborto. En Cuba, la interrupción del embarazo no es ilegal desde 1965 y está garantizado en calidad, seguridad y gratuidad por el Ministerio de Salud Pública. Se dice que el país es el paraíso de los abortos, con graves consecuencias; entre ellas, que el aborto se convierte en método anticonceptivo y que el 30% de la población es mayor de sesenta (60) años. Se dice, también, que la practica tiene riesgos y su abuso puede dar lugar a la afectación del aparato reproductivo e infertilidad. Entre los métodos de interrupción del embarazo está la regulación menstrual, que es un proceso de aspiración que debe concretarse antes de la quinta semana de la última menstruación.

El CP de El Salvador, vigente desde el 15 de junio de 1974, fue modificado para adecuar sus disposiciones a la Constitución y a las nuevas realidades sociales, según se expresa en el decreto de aprobación del nuevo texto. Rige desde el 10 de abril de 1997, con numerosas reformas. El art. 133, bajo el título de aborto consentido y propio, dice: “El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión

de dos a ocho años". Son particularmente severas las penas del CP de El Salvador relativas al aborto, que incluye supuestos relativos a la manipulación genética, por lo que es de interés su transcripción. El art. 134, dice: *"El que provocare un aborto, sin consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años. En la misma pena incurrirá el que practicare el aborto de la mujer, habiendo logrado su consentimiento mediante violencia o engaño"*. El art. 135, agrava la pena en seis a doce años cuando es cometido por médico, farmacéutico o por personas que realizaren actividades auxiliares de las referidas profesiones, además de la pena de inhabilitación por igual período. El art. 136, pune la inducción o ayuda al aborto: *"Quien indujere a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor, la sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior"*. Prevé con pena menor el caso de aborto por culpa, en el art. 137, con pena de seis meses a dos años. Agrega que *"El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles"*. Son conductas punidas con penas graves, las lesiones producidas en el no nacido; el art. 138, dice: *"El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de la mismas"*. Si mediare sólo culpa, se reduce a pena de multa; agrega que *"La embarazada no será penada al tenor de este precepto"*. El art. 140, dice: *"El que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, será sancionado con prisión de tres a seis años. En la misma pena incurrirá el que experimentare o manipulare clonación con células humanas, con fines de reproducción humana. La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo, sin consentimiento de los progenitores, será sancionada con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial de profesión u oficio de seis meses a dos años"*. La figura culposa es sancionada con multa.

Consigno que solo cuatro países americanos tienen en su constitución declarada la protección de la vida desde la concepción: El Salvador, Honduras,

Nicaragua y la República Dominicana. Incorporo en esa breve lista, a la CN argentina, cuyo art. 75, inc. 23, segundo párrafo, dice: “*Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*”. Además, de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que el art. 75, inc. 22, menciona y, de modo especial, la Convención ADH, art. 4.1 y la Convención DN, de igual jerarquía que la Constitución (art. 31, CN).

Para abreviar y evitar que eventuales lectores abandonen la lectura de esta investigación por su extensión, diré, respecto de nuestros vecinos, que Brasil autoriza el aborto en tres supuestos: riesgo de vida para la mujer, cuando el embarazo es resultado de una violación y en caso de feto anencefálico. Uruguay, por ley 18.987 de 2012, declara impune la interrupción voluntaria del embarazo por la mujer hasta las doce (12) semanas de gestación, exigiendo además del médico participante en la práctica, la participación de un consejo integrado por un ginecólogo, un psicólogo y un profesional del área de asistencia social. Chile, por ley 21.030, promulgada el 14 de septiembre de 2017, lo autoriza en tres supuestos: medie peligro para la vida de la mujer y se podrá practicar sin sujeción a tiempo del embarazo; en casos de inviabilidad del feto, certificado por médico tratante y dictamen de dos especialistas, y se puede practicar sin sujeción a plazo; en el caso de violación, si se trata de una menor de menos de 14 años, se podrá practicar hasta las catorce (14) semanas de gestación; si se trata de mayores de 14 años a 18 años, hasta las doce (12) semanas de gestación. La violación debe ser verificada por un comité. En el caso de menores de catorce años, se exige la conformidad de su representante legal y, en su ausencia u oposición, se somete a decisión judicial, sin forma de juicio, donde el juez puede ser asistido de un consejo de asistentes sociales; la resolución deberá tomarse dentro de las 48 horas.

6. Una autorización judicial para matar. El fallo “F. A. L.” de la Corte federal. Luego de la visión expuesta de la legislación penal americana, ausentes las citas de doctrina y de jurisprudencia que harían interminable mi tarea, paso a analizar la sentencia de la Corte federal en el caso “F.A.L.”,

fallado por vía de recurso extraordinario en 13 de marzo de 2012. El hecho que le dio origen acaeció en Comodoro Rivadavia, donde la madre de la actora promovió una denuncia contra su esposo por violación de su hija de 15 años. Peticionó a la Justicia penal y a la Fiscalía, sucesivamente, la interrupción del embarazo, que le fue denegada por carecer de competencia para ello. Acudió a la justicia de familia, donde tuvo igual suerte, aunque es de destacar allí el informe técnico disciplinario que dio cuenta que la menor padecía, con motivo del hecho, de trastornos en su psiquis, con inclinación al suicidio, desde que el padre de sus hermanos sería el padre de su hijo. El STJ de Chubut revocó la sentencia sosteniendo, en síntesis, que no se trataba de un caso en que debiera intervenir la justicia y, con otros argumentos, autorizó la práctica, que se llevó a cabo en la ciudad de Trelew. El defensor Oficial interpuso recurso extraordinario que, concedido, fue resuelto por la Corte federal. El Defensor cuestionó el alcance de la decisión del STJ de Chubut, en cuanto interpretó la autorización del art. 86, inc. 2º, del CP, fuera de los supuestos allí previstos, que se reducen al caso de la víctima violada idiota o demente; citó en su apoyo diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos e invocó su jerarquía constitucional. La Defensora General ante la Corte, que asumió la defensa de la actora, abogó por la confirmación de la sentencia sosteniendo que todos los supuestos de violación debían entenderse comprendidos en el inc. 1º, que prevé el supuesto de afectación a la salud de la mujer. Se le dio traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del *nasciturus*, la que requirió la revocación del fallo. Se hicieron presentaciones de *amicus curiae* en favor de ambas partes. Corrida vista al Procurador Fiscal, sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta. La práctica ya se había llevado a cabo. En el considerando 5º la Corte desestima el hecho de que la cuestión haya devenido abstracta, recordando el precedente de la Corte norteamericana en ‘Roe v. Wade’, que así lo entendió. La Corte estimó que como guardiana suprema de los derechos humanos debía exponer su doctrina para su aplicación en eventuales casos similares que se presentaran. En el considerando 6º declara procedente el caso federal desde que la interpretación del art. 86, inc. 2º, CP, puede colisionar instrumentos internacionales lo que comprometería la responsabilidad internacional de la República; cita también “que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible” (sic). En el considerando 7º, afirma que va a

establecer una armonización normativa de las disposiciones de la Constitución y de los instrumentos internacionales reiterando que no se encuentra obligada por los argumentos de las partes ni por la decisión de las instancias anteriores. En el considerando 8° sostiene que en el juego de las normas superiores y la de derecho común implicada, invocando el principio de reserva de la parte final del art. 19, CN, concluye que “la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial” (sic). Y aquí se enciende la luz roja de mis sensores constitucionales, pues me sorprende que la vieja ley 27 no sea recordada en orden a su mandato acerca de la existencia de ‘causa’, ‘caso’ o ‘proceso’, entendido como la existencia de una controversia entre partes sobre intereses contrapuestos. Y, según esa normativa, hay ‘causa’ o ‘caso’ entre los intereses –respetables de la actora- y el derecho inviolable a la vida de su hijo por nacer; la representación de ambos intereses se ha manifestado a lo largo de todo el proceso; pero la solución que propone no permite intervención judicial alguna.

En el considerando 9° empiezan a desenvolverse los motivos de mi discrepancia, pues se dice allí que del art. 75, inc. 23, CN, “resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente” (sic). La razón que la Corte da es que la autorización legislativa contenida en ese dispositivo, corresponde a “un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular”. Me pregunto aquí, si los fines que la CN asigna a los poderes del Estado no marcan su actuación en un determinado sendero de principios, que deben respetarse, pues resultan bastante precisos acerca del alcance de la protección que habrá de alcanzar la legislación social que se propugna: no solo a la madre y la lactancia, sino al niño por nacer, que es persona humana, aunque la CN nada haya dicho en su origen acerca de la vida. Con este argumento, la Corte no podría sostener, como lo ha hecho tantas veces, que la vida es el primer derecho de la persona y es anterior al Estado mismo, como resulta del art. 33 del antiguo texto, desde que la CN no dice una palabra acerca de la vida, a salvo la mención del art. 29 y la protección de la salud en la relación de consumo.

En el tercer párrafo de ese penoso considerando 9º, se va por la tangente, según creo, cuando recuerda que en la última sesión de la Convención Constituyente de 1994, “se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente” (sic). Aunque este fue uno de los fundamentos del recurso extraordinario, ya lo había anticipado, como suele hacerlo, que no está limitada a las alegaciones de las partes ni a las conclusiones de las sentencias anteriores. Que la Convención nada hubiera consignado acerca de la previsión del CP en el aspecto indicado, bien puede significar que resultaba válida y legítima la previsión del art. 86, inc. 1º, CP, desde que tampoco fue derogada pese a las varias reformas que tuvo el CP. La cuestión imprescindible, según creo, era determinar el alcance del derecho a la vida de la persona por nacer, pues el CC vigente entonces así lo declaraba sobre la base de una remota tradición jurídica, y el Código Penal, desde 1921, mantenía la punibilidad del aborto, como atentado a la vida humana como resulta con absoluta claridad del Título I, DELITOS CONTRA LAS PERSONAS, Capítulo I, Delitos contra la vida³⁵.

En el considerando 10º, se sostiene que del art. 1º, de la Declaración ADyDH, como del art. 4º, de la Convención ADH, no deriva “algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal” (sic). Ello porque esas normas “fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos” (sic), y cita el caso ‘Baby Boy’ de la Comisión IDH. En cuanto al art. 3º, Convención ADH, que postula el derecho de la persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, dice que de ello no deriva razón alguna para sustentar la postura del impugnante. Agrega, además, casi como conclusión ilevantable, que “la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida” de la persona por nacer (sic). Ciertamente que, sobre el punto, tengo posición

³⁵ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, p. 64, cita a Antolisei, quien sostiene: “el interés que realmente es ofendido por este hecho criminal es la vida humana, ya que el producto de la concepción -el feto- no es *spes vitae* y mucho menos una *pars ventri*, sino un ser viviente verdadero y propio, el cual crece, tiene un propio metabolismo orgánico y, al menos en el período avanzado de gestación, se mueve y tiene movimiento cardíaco”.

tomada antes de ahora y me habré de referir a ello en adelante, sin dejar de consignar que los instrumentos internacionales mencionados establecen principios generales a los que los Estados deben adecuar su legislación interna (arts. 1.1 y 2, de la Convención ADH). No es su función legislar, sino procurar que los Estados no vulneren los derechos reconocidos en esos instrumentos. La Corte IDH ha dicho, varias veces, que su función no es determinar si tal o cual ley es o no contraria a la Constitución del Estado de que se trate, sino de controlar que se adecue a la sustancia de los derechos reconocidos. Debo alertar al lector que no es mi propósito aquí definir si la actora del caso “F.A.L.” tenía legítimo derecho a reclamar la interrupción no punible de su embarazo, habida cuenta la penosa situación que el ominoso hecho le producía y su afectación psicológica certificada por un gabinete especializado de la Justicia. La finalidad es mostrar, con la claridad que mi entendimiento me permite, que tanto la CN, con su silencio a gritos del art. 33, con la exigencia del art. 27, con las previsiones del art. 19, CCCN, con el art. 4.1 de la Convención ADH y, todo en apretada síntesis, con el art. 29 de este último instrumento y el art. 41, Convención DN, la persona por nacer es persona desde su concepción, dentro o fuera del seno materno, y con derecho al respecto de su vida, de su personalidad jurídica y de su dignidad. Y esto es lo que la Corte federal no deja en claro, defiriendo a simples médicos la potestad de discernir sobre la eliminación unilateral de una vida humana.

En el considerando 11º, sostiene que tampoco de los arts. 3º (derecho a la vida) y 6º (a la personalidad), de la Declaración U de DDHH, se puede extraer una interpretación restrictiva del art. 86, inc.2º, CP.

En el considerando 12º, expresa que del art. 6º del PIDCP, tampoco es posible extraer la interpretación restrictiva que sugiere el impugnante; sostiene que aduna esa afirmación la opinión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que entiende que “debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación” (sic). Esta conclusión del citado Comité en modo alguno puede ser concluyente, toda vez que implica pisotear el contenido del art. 33, CN, y desatender la manda del art. 27, CN, lo que lleva aparejado convertir en letra muerta, en ‘papel mojado’ dicen en España, el principio del art. 29 de la Convención ADH y el de similar texto, del art. 41 de la Convención DN, como intentaré mostrar luego. Agregó que no hay ninguna disposición en la CADH que diga lo que el Comité

referido pretende. Es que ningún pueblo enajena su soberanía en un órgano extranjero –aunque se hizo formalmente en el art. 75, inc. 22, CN- y, a menudo, decisiones de la Corte IDH, que es un órgano de la CADH con competencia jurisdiccional, no son atendidas por el Estado ni por la propia Corte federal argentina, como lo prueba la sentencia por ella dictada en “Fontevecchia y D’Amico”, de 14 de febrero de 2017³⁶. En esta sentencia, luego de establecer en el considerando 7º, que era preciso determinar si la orden contenida en la sentencia de la Corte IDH “ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional” (sic), cuestión que resolvió por la negativa, en el considerando 8º recuerda la función de la Corte IDH y su ausente calidad de ‘cuarta instancia’, que reitera en el considerando 9º, en que sostiene que no tiene carácter de tribunal de apelación o de casación, para afirmar que sólo puede “señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al [...] afectado en este asunto, pero **carece de competencia** para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno [...]. (Corte IDH, caso "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párr. 94)” (sic, énfasis añadido ahora). En el considerando 10º y enfatizando en el carácter subsidiario del sistema de protección de los derechos humanos, recurre para sí a la ‘doctrina del margen de apreciación nacional’, elaborado por el TEDH. Concluye en que no puede aceptar la orden de la Corte IDH en el caso, sosteniendo que “Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido” (sic). Me pregunto cuál es la razón por la que un dictamen del Comité de DDHH de la ONU o un dictamen de la Comisión IDH en que la Argentina no ha sido parte, deba tener preeminencia jurídica superior a la propia Constitución. Y pongo el dedo en mi propia llaga porque esta Corte federal todavía no ha cumplido, ni hecho cumplir, el dictamen 30/1997, del 30 de septiembre de 1997, de la Comisión IDH, en el caso “Carranza Latrubesse c. Argentina”, y ‘apenas’ han pasado veinte (20) años.

³⁶ La carátula correcta es “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 .

Volviendo al caso “F.A.L.”, en el considerando 13° sostiene que tampoco del art. 1° de la Convención DN se puede extraer apoyo a la posición del impugnante; agregando que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados que no admiten el aborto en supuestos de violación, deben incorporarlo a su derecho interno y, que, también, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86, inc. 2°, CP. Insisto en que no hay tampoco ninguna disposición en la CDN en ese sentido, ni es admisible que la interpretación ‘progresiva’ se utilice en contra de quien es sujeto específico de protección de esa Convención: el niño y persona por nacer. Dice la Corte, con relación al art. 2°, de la ley 23.829, por la que se aprueba la CDN, que no se trata de una ‘reserva’, como la que se hizo respecto del art. 21, sino una mera cláusula de interpretación, que no altera el alcance con el que la CDN rige según el art. 75, inc. 22, CN. Afirmación que, a mi entender, violenta los arts. 27, 31, 75, inc. 23, CN, el art. 29, Convención ADH y art. 41, CDN. Aquí la Corte federal no acude a la doctrina del ‘margen de apreciación nacional’, que tiene sólido anclaje en el orden público interno de la Constitución (art. 27, CN), a lo que me refiero luego.

En el considerando 15°, luego de citar instrumentos internacionales que protegen a la mujer, sostiene que “En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas)” (sic). Remite también allí a la necesidad de que la protección de quienes padecen afectación mental sea efectiva en razón de su vulnerabilidad. Pero olvida que el orden jurídico impone, para así interpretar la norma, declararla inconstitucional, para apartarla, en el caso, del sistema normativo aplicable (el CP). Aunque ‘ultima ratio’, por vía de interpretación la deroga sin competencia funcional para ello.

En el considerando 16° se refiere a la dignidad de las personas, y con cita de instrumentos internacionales sostiene que “se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente”; de donde “la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un

delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada” (sic). Llamo la atención, por si no se ha notado, que todos los principios que se desprenden de los instrumentos de derechos humanos que la Corte federal cita, los aplica siempre a la mujer, víctima de la violación; no los relaciona en función de la persona por nacer, cuya dignidad de persona humana es incuestionable, mal que le pese y que su palabra sea la última en materia de interpretación constitucional.

En el considerando 17º, apela a la aplicación de los principios de estricta legalidad, donde la función penal es ‘la ultima ratio’ del ordenamiento penal; y alude a la cláusula *pro homine*, por lo que se debe priorizar la interpretación que acuerde mayores derechos al individuo frente al Estado (cita sus precedentes de *Fallos* 331:858, considerando 6º y 329:2265).

En el considerando 18º, concreta que la previsión del art. 86, inc. 2º, CP, se aplica a todos los supuestos de embarazo resultante de una violación de una mujer, sin las distinciones previstas en la norma. Sobre este punto, existe un interesante artículo del profesor de Derecho Constitucional, doctor Jorge Horacio Gentile, emérito de las Universidades Católica y Nacional de Córdoba, en el que recuerda la discusión parlamentaria del precepto que dio lugar a la sanción del CP de 1921, todavía vigente con numerosas reformas. En él recuerda una cita de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, en la que expone que las excusas absolutorias incorporadas al art. 86, CP, provienen de un dictamen de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación, de 26 de septiembre de 1919, “en donde fundó su propuesta en doctrinas eugenésicas y racistas que se encontraban en boga, sin advertir sus adherentes que las mismas conducirían y servirían de sustento al régimen nacional socialista instaurado en Alemania a partir de 1933”. Agrega que “Al auspiciar la no punibilidad de la interrupción provocada de la gestación practicada en una mujer ‘idiota o demente’ que hubiera sido violada, la Comisión expresó que ‘era la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada..., nazca un ser anormal o degenerado’. Argumentó seguidamente sobre ‘el interés de la raza’, y se preguntó, citando doctrina española, ‘¿qué puede resultar de bueno de una mujer cretina o demente?’. En definitiva, la

Comisión consideró que ‘es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza’³⁷. No habría estado, entonces, en la intención de los legisladores de 1921, autorizar el aborto cuando es resultado del delito de violación.

En el mismo considerando 18º, la Corte federal entiende necesario ampliar los términos de su pronunciamiento. Habla allí de la desinformación de los médicos, que entendieron recurrir a la decisión judicial, lo que “ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920” (sic). Apela a la forma de interpretación literal y a aquella que deje a todos los preceptos con valor y efecto, y sostiene que no son punibles los abortos resultantes de una violación. La argumentación de las razones hermenéuticas que la llevan a la conclusión, comienza con la aplicación de la interpretación literal, que inmediatamente abandona para hacer desaparecer los requisitos de debilidad mental y englobar la excusa absolutoria en todo supuesto de violación.

En el considerando 19º, declara que la judicialización del problema es innecesaria e ilegal, además de que expone a la mujer a la publicidad del caso y la demora perjudica su salud y su derecho a la interrupción del embarazo. La Corte critica la ‘práctica institucionalizada’, que termina “adquiriendo –dice- características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación” (sic).

En el considerando 20º, alude al principio de reserva del art.19, por el que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, por lo que la judicialización de la cuestión deviene intolerable. Esta aplicación que, en mi sentir y en función del mismo principio, en su aplicación inversa, es decir, todos tenemos derecho a la protección de la ley, y del de soberanía del orden público constitucional (art.27, CN), como del derecho a la dignidad y a la defensa de los derechos, judicial o extrajudicial, la persona por nacer tiene los derechos que son propios de la naturaleza humana en función de la dignidad de su personalidad. En el fallo, carece en absoluto de derechos y no ha merecido consideración alguna. Ciertamente, este pronunciamiento obedece a

³⁷ “No matar a la persona por nacer”, que puede leerse en el sitio [www. profesorgentile.com.ar/](http://www.profesorgentile.com.ar/) publicado en Córdoba, año 2008.

los varios requerimientos abortistas del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos, que también goza de rango constitucional en la Argentina y, probablemente, porque la doctora Argibay era activa impulsora del aborto.

El considerando 21º, reitera lo expuesto e insiste que la mujer no puede “ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, **lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible**” (sic, énfasis añadido). En el considerando 22º, sienta una inédita advertencia a los médicos y operadores de los poderes judiciales nacional y provinciales, de que no deben admitir la judicialización de la cuestión, donde “es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico” (sic). En el considerando 23º, insiste en la cuestión, sosteniendo que un magistrado “llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un **derecho expresamente reconocido por el legislador** en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido.” (sic, énfasis añadido; recuerdo aquí que el CP de Chile establece que la decisión judicial debe tomarse en 48 horas; pudo agregar que la decisión es irrecurrible). En el considerando 24º, agrega que la norma refiere a ‘un médico con el consentimiento de la mujer’, de modo que debe aventarse toda posibilidad de exigir la intervención de otro profesional, en lo que antes ha llamado una situación de emergencia sanitaria, “en este **permiso que el legislador ha querido otorgar**” (sic, énfasis añadido). Que las prácticas de consultas y de dictámenes constituyen procesos burocráticos dilatorios “que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto *contra legem*– del aborto **autorizado por el legislador penal**” (sic, énfasis añadido). Además, entiende que constituyen una violación al art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Invoca su carácter de última intérprete de la CN y de las leyes, lo que debe bastar –dice- para despejar cualquier duda que los profesionales de la salud pudieran abrigar. Y consigna allí una advertencia, para no llamarla amenaza penal, de que la insistencia en una conducta contraria “no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias

penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar” (sic, párrafo final del considerando 24°).

El considerando 25°, pone a cargo del Estado los procedimientos rápidos, accesibles y seguros para llevar adelante la práctica, destacando que lo ‘rápido’ apunta a que “en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada” (sic); supongo que tiene en mente la probable decisión de la mujer de recurrir a manos inexpertas que le solucionen la cuestión.

En el considerando 26°, cita los informes del Comité de Derechos Humanos, de 29/03/2011 y del Comité de Derechos del Niño, de 21/06/2010, que censuran al Estado argentino “por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial” (sic).

En el considerando 27°, sostiene –en aplicación del art. 19, CN- que el art. 86, inc. 2, CP, “no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación” (sic). Dice allí que la declaración jurada de la mujer de que el ilícito es la causa del embarazo, basta para habilitar la práctica. Cita allí a la OMS para la que la exigencia de requisitos puede implicar para la mujer desistir de una práctica segura.

En el considerando 28°, la Corte admite la posible existencia de casos fabricados, lo que a su juicio no debe impedir la práctica segura.

En el considerando 29°, exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a adoptar procedimientos que eviten las dilaciones en la práctica. Me llama la atención las indicaciones reglamentarias, impropias de la función corriente del Tribunal, que incluye poner a cubierto de los objetores de conciencia, quienes deberán ponerlo de manifiesto al integrar los cuadros médicos respectivos.

En el considerando 30°, y “en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso”, indica modos de proceder que impidan la demora en la práctica del aborto, que ha de asegurarse en “un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite

reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática”, y otras demoras que puedan conspirar con el derecho de obtener en “forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva” (sic, mezclando allí ambos supuestos, violación y daño a la vida de la madre). Y en el considerando 31º, considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones, implementen campañas de información pública sobre los derechos de las víctimas, así como la capacitación de las autoridades sanitarias, policiales, educativas o de otra índole, para que brinden a las víctimas las informaciones necesarias para que puedan acceder a las prestaciones garantizadas referidas en el fallo.

La sentencia no registra disidencias, aunque los jueces Petracchi (que pone el acento en cuestiones formales, tratarse de un tema de derecho común, e insuficiencia de argumentación en la confrontación del derecho invocado con el derecho a la vida de la persona por nacer) y Argibay (era conocida su posición abortista) emiten votos separados, a los que remito en función de síntesis.

6.1. Crítica al fallo. No me parece verdad revelada que el legislador penal de 1921 haya querido despenalizar el aborto en los supuestos de violación, u otro delito contra la libertad sexual, que pueda aparejar un embarazo no deseado. Más allá de la cita como fuente del art. 86, CP, que la Corte hace del Anteproyecto de Código Penal suizo de 1916, aquel dictamen de la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación, recordado por el doctor Gentile, tiene abundante fuerza de convicción para entender que el legislador quiso, sólo, despenalizar el aborto de la mujer con deficiencias mentales, víctima de violación. Y no de un modo general, sino muy específico limitado a esa penosa situación, en donde la deficiencia mental de la madre se suponía que traería aparejada una inhabilidad semejante en el concebido. Había allí una hoy incomprensible postura ideológica acerca de que el producto de esa violación trajera como resultado otro idiota o ‘degenerado’; entonces, eran otras las ideas que zumbaban en los gabinetes jurídicos. Acaso, es posible sostener que durante esos noventa y un años (91), a la época del fallo de la Corte, la sociedad argentina no haya presionado lo suficiente para la modificación del precepto? O que su presión haya sido en vano, pues la conciencia social no lo tolera? O, que los jueces de todo el país estuvieran tan distraídos como para cohonestar en sus sentencias tal particular arbitrio?

Es verdad que la Corte, en el caso “Sejean”, terció en la disputa del divorcio vincular fundado en el derecho del esposo a contraer nuevas nupcias recuperando su libertad de ligamen –su aptitud nupcial-, con miras a la formación de una nueva familia en donde los contrayentes, en particular, la nueva esposa, no quedara al margen de la ley (concubina). Pero, según mi criterio, no había allí afectación de un derecho singular como el de la vida, respecto del cual pudo la Corte federal decir, en doctrina ciertamente señera, que “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (...), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”³⁸.

En el caso “F.A.L.”, la Corte adopta una de las posiciones doctrinarias sobre la estricta aplicación del art. 86, inc. 2º, CP, que es la minoritaria³⁹ y, de ese modo, se substituye en la función reglamentaria y en la función legislativa, ninguna de las cuales corresponde a su competencia funcional según la CN, afectando la separación de los poderes. La cuestión se agrava pues, en todo caso, sólo a los representantes del pueblo –Congreso de la Nación- les compete legislar sobre los Códigos de fondo (art. 75, inc. 12, CN), y de discernir una cuestión de trascendencia que, hasta ahora, no ha merecido consagración legislativa, como es la despenalización del aborto. La Corte federal, en este fallo, se aparta de su doctrina tradicional sobre su competencia⁴⁰.

³⁸ CS, 20/02/2016, “Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, dictamen de la Procuración General y votos de los doctores Highton de Nolasco y Zaffaroni.

³⁹ Así lo entienden Andrés José D’Alessio –Director- y Mauro A. Divito, en *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada, 2009, t. II, p. 68.

⁴⁰ Dijo la Corte: “Tan correcto es afirmar que en la esfera que le es exclusiva la competencia del Poder Judicial debe ser ejercida con la profundidad y energía que mejor respondan a los mandatos de la Constitución y de las leyes, y particularmente de la confianza que el pueblo depositó en este poder, como que una de sus misiones más delicadas es saber mantenerse en la esfera de sus funciones, no invadiendo las atribuidas a los otros departamentos de gobierno” (CS, Fallos 313:1513, considerando 36). Ver también, CS, *Fallos* 226:688; 242:73; 285:369; 314:424.

No discuto, ni puede hacerlo nadie con sensibilidad, que la situación que implica el delito de violación, con el agregado del resultado no querido que, en el caso, ya producía afectación a la niña, que mostraba tendencias al suicidio, amerite serias reflexiones, desde lo humano y lo jurídico. Pero, sin duda, es forzada la interpretación del inc. 2º, cuya redacción, no mediando la coma después de la palabra ‘violación’, no autoriza a la mujer mayor de edad –que obviamente no requiere de representantes- a producir su propio aborto, por lo que solo se aplica si el delito se consumó sobre mujer demente. Por tanto, según mi apreciación de las cosas e instituciones del Derecho, no es aceptable su conclusión de que “no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental” (sic, considerando 9º, *in fine*). Ni tampoco parece cierto el afirmado hecho de que “el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto” (sic, considerando 25, entre varias otras a lo largo del fallo). Ante el hecho consumado, bien pudo la Corte guardar silencio sobre la cuestión o, en todo caso, sostener la impunidad del hecho en el inc. 1º, desde que había probanzas de la afectación psíquica de la niña, motivada en el hecho; con lo que recobraba cierta equivalencia la confrontación entre esa salud afectada y el derecho a la vida del hijo concebido que ese inciso 1º contempla.

La Corte no se ha referido a las excusas absolutorias contenidas en los supuestos del art. 86. Ha dicho que el acto reprochado no es punible: “no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima” (sic, considerando 18º, cuarto párrafo). Analizada la cuestión desde la óptica penal, la situación del inc. 2º, no encaja en supuestos del art. 34, como el estado de necesidad o el ejercicio de un derecho. Sebastián Soler enseña, siguiendo a Jiménez de Azúa, que las condiciones objetivas de punibilidad negativas, que sistematiza bajo la designación de causas de impunidad o excusas absolutorias, conforme al nombre que a este género de causas de impunidad se le había acordado en la literatura francesa y española, “son circunstancias que no afectan ni la antijuridicidad ni la culpabilidad de la acción, sino que solamente se vinculan a la aplicabilidad de una pena; son verdaderas y propiamente causas de impunidad establecidas *por razones de utilidad*, pues la

injusticia del hecho y la culpabilidad del autor permanecen intactas” (la cursiva pertenece al texto)⁴¹. Por consiguiente, su aplicación es restrictiva, al punto que se somete a cómplices y auxiliares. No es verdad, entonces, que el legislador penal haya otorgado, indiscriminadamente, autorización a toda mujer para interrumpir de modo voluntario su embarazo, mediando violación; mucho menos, que pueda hacerlo en todos los casos en que su decisión, fundada en su libertad sexual y de procreación, le acomode a sus aspiraciones, necesidades o circunstancias. Lo prueba el hecho de la actuación de los tribunales del país en estos 97 años transcurridos desde la vigencia del CP, como la presentación de proyectos en el Congreso que persiguen se convierta en ley la despenalización total del aborto; así resulta también de los proyectos ingresados en estos días de marzo de 2018. Recuerdo aquí, claro que desde la órbita del Derecho civil, que los actos jurídicos, celebrados con discernimiento, intención y libertad, no son susceptibles de voluntaria revocación de su autor (a salvo, claro y con límites, en el caso del mandato). En la nota al art. 943, CC, Vélez Sarsfield sienta un principio trascendente: “Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”. Las consecuencias posibles del acto sexual libre y voluntario, no son desconocidas para nadie; la liberalización de las costumbres no puede llegar al extremo de justificar la supresión de la vida del concebido, por el simple hecho de no haber sido querido o esperado. El aborto no es un derecho; es un atentado a la vida humana, severamente castigado por la ley penal, que solo admite la exención de pena en los casos críticos en los que se contraponen dos valores de igual significación; y desde que la ley no puede imponer conductas heroicas, ‘elige’ la vida de la madre si, realmente, está en peligro o el embarazo deriva en un grave daño a la salud que no puede resolverse de otro modo.

Me llama la atención, que más allá de las citas de requerimientos de órganos internacionales de control de cumplimiento de los tratados de derechos humanos que, en el caso, no superan el estándar del orden público

⁴¹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, El Ateneo, Córdoba, 1940, t. II. pp. 170 a 172.

interno de la CN (art.27, CN) ni fundan en disposiciones concretas de las convenciones, desplace a opiniones destacadas de la doctrina constitucional argentina, como la de Alberto B. Bianchi, quien sostiene que “el aborto borra de la violación únicamente al ser en gestación. No restaura ni el daño físico ni el psíquico que la mujer haya sufrido. Al contrario, agrega un sufrimiento más: el de haber abortado. Sabemos perfectamente que toda mujer al abortar, aun cuando lo haga por estricta conveniencia y bajo el mejor de los controles sanitarios, sufre psíquicamente. ¿Tiene sentido entonces el aborto?”⁴².

Además, como persona estudiosa del Derecho Civil que soy, aunque plétora de falencias, no es definitivo que la excusa absolutoria destruya la antijuridicidad del acto, pues el aborto sigue siendo –más allá de la exclusión de pena- un delito civil, definido en el art. 1072 del viejo CC de Vélez Sarsfield como “*El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código ‘delito’*”. Y, en la nota, insistía Vélez en que “En derecho civil designa toda acción ilícita por la cual una persona a sabiendas e intencionalmente perjudica los derechos de otra”. Y en la nota al art. 63, CC, criticando la postura del CC de Chile, sostenía: “pero 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?” (sic). Además, la excusa absolutoria beneficia al autor del ilícito, no así a sus partícipes, pues la acción sigue siendo delito penal. Como ha dicho el TS español, bajo la denominación de excusas absolutorias, se “vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica [...], que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad”⁴³.

Después de más de 90 años de práctica institucional, a la luz del referido inc. 2º del art. 86, CP, cómo es que los tribunales del país efectuaron una interpretación que, ahora, la Corte federal ‘descubre’ que es innecesaria e ilegal, y que está autorizada por el legislador; y que la excusa absolutoria puede ser discernida por un médico –uno solo- sobre la declaración jurada de

⁴² Bianchi, Alberto B., *En contra del aborto. Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 120 y 121.

⁴³ TS español, Sentencia de 26 de diciembre de 1986.

la víctima, para proceder a la interrupción del embarazo. Sin ser un experto en Derecho Penal y sin que el fallo contenga ninguna cita de doctrina o de jurisprudencia nacional que confirme su descubrimiento, me parece por lo demás extraño que la propia Corte, que se dice defensora de los derechos fundamentales, recién ahora alumbre la decisión que entiende justa.

No hay duda alguna que la violación es un delito penal y que, como tal y con la particular gravedad que supone su ejecución en quien ve lacerada su libertad sexual y las posibles consecuencias que de ello se derivan (como graves enfermedades de transmisión sexual y embarazo no querido), debe – *rectius*, debiera- ser declarado como tal por un tribunal competente. A riesgo de la afectación de la intimidad de la víctima que la publicidad del proceso supone, se contrapone a la necesidad del Estado de reprimir tan grave delito, como también lo ha exigido la Corte IDH, aunque esa decisión dependa de la instancia de la agraviada. Hay un principio de derecho penal según el cual ‘nadie es delincuente sin una sentencia firme que así lo declare’, pues sólo ella puede abrogar el principio de inocencia que acompaña a todos frente a la ley penal. No tengo dudas en orden a la razón que la ley penal ha tenido para dejar supeditada a la voluntad de la víctima, ventilar en juicio su desgracia, optando por privilegiar su decisión de ocultar el agravio padecido. Que pocos o muchos violadores anden sueltos sea consecuencia de esa elección de sus víctimas, es muestra de que los intereses privados merecen, también, la protección de la ley, como lo admite la Constitución del Chubut que pone a cargo del Ministerio Público Fiscal la defensa del interés público social y, con igual rango, al interés individual (art. 195, Const. del Chubut). Hay en el supuesto de la violación, cuya acción es de instancia privada (art. 72, CP), un interés privado contrapuesto al del Estado en reprimir el delito, en tanto aquél quiere que se mantenga en secreto. Y se me ocurre pensar que para el legislador, según las épocas, ciertos hechos no tienen tanta gravedad, desde que el matrimonio posterior de la víctima y el victimario tuvo acogida en el art. 132, CP. Luego se introdujo allí, sujeto a severas condiciones, la posibilidad de un avenimiento y, según entiendo, a partir de 2012, por la ley 26.738, desapareció la posibilidad de extinguir la pena de los delitos de violación, estupro, raptó y abuso deshonesto, mediante el matrimonio posterior, que el artículo original permitía.

Esa decisión privada de borrar algunas consecuencias del delito se pone, ahora por decisión de la Corte federal, en manos de la víctima. Bastará que la víctima reclame a un médico la interrupción del embarazo para que éste, cerciorado de la existencia de la violación no denunciada y secreta, dé causa legítima para el aborto. Me pregunto entonces, desde cuándo un médico, cuyo juramento hipocrático y su misión excelsa es procurar la subsistencia de la vida humana, a través de la atención de la salud y de lucha contra las enfermedades, puede terciar con tiránica facultad entre el derecho a la vida de la persona por nacer y el derecho a decidir su extinción con la sola mención de que el embarazo es el resultado de una violación, sin otra valla que su propia capacidad de determinar la verdad de los hechos que la paciente le relata, sin que tan siquiera haya una denuncia privada que ponga en conocimiento de un fiscal la existencia del delito. En fin, sin otro valladar que su propia conciencia. Qué norma jurídica otorga a los médicos tan gravísima competencia para decidir sobre la vida ajena, que no sea en los casos críticos que el ordenamiento autoriza. Cuál es la que los faculta para arbitrar en tan tremendo conflicto de intereses, fuera de esos supuestos? Y aunque hubo, hay y habrá quienes violen ese soberano juramento, no me resulta admisible que quede en tan exclusivas manos el destino de seres inocentes, si no hay de confrontar valores semejantes. Cómo es que los jueces sean competentes para entender en cuantos asuntos patrimoniales se presenten, y no lo sean a la hora de discernir sobre la prevalencia de tan sagrados y elevados intereses y derechos. Porque, según creo, no están en pugna derechos equivalentes, vida contra vida, en donde sea menester privilegiar uno de ellos, siendo ambos de singular envergadura. Confieso que en los varios trabajos y meditaciones que he dedicado a la defensa de la vida de la persona por nacer, nunca me atreví a opinar públicamente, en contra del derecho de la mujer violada a suprimir la consecuencia del delito. La privación ilegal de la libertad y la violación de una mujer, cualquiera fuera su edad, me han parecido siempre las más graves afectaciones a los derechos fundamentales. Y he juzgado heroica la decisión de la mujer violada de llevar a término su embarazo; en la intimidad de mis cavilaciones, he sabido comprender la humana justificación que supone esa decisión, que facilita la opción del inc. 1º del art. 86, CP. Cosa distinta es la angustia que me suscita justificar la decisión fundada en el inc. 2º del art. 86, CP, porque allí no se contraponen derechos y valores equivalentes, más allá de que seguiré reconociendo lo tremendo de la situación que la violación implica.

Dejando de lado la decisión de la Corte federal, por los varios reproches que sus conclusiones me merecen, tanto en orden a la interpretación amplia de la impunidad del art. 86, inc. 2º, CP, como en desestimar los instrumentos internacionales que en detalle cita pero con el propósito de desconocer, según la impresión que me produce el fallo, el derecho a la vida, al reconocimiento de su personalidad y dignidad de ser humano de la persona por nacer; precisamente, esos instrumentos solo pueden ser válidos en tanto se apliquen en la positiva protección de la vida humana, pues no hay valor superior en ningún ordenamiento universal. Que una cláusula interpretativa no sea reserva, para desconocer esos derechos, es devaluar los principios precisamente cuando ellos deben tutelar el derecho fundamental del más débil. Usar la cláusula *pro homine* en favor de la madre para sostener una amplitud de derechos frente al Estado, y negárselo a la persona por nacer con el argumento de que la Convención ADH no ha tenido previsto asegurar la vida del *nasciturus*, es poner al servicio de uno lo que en desigual embate se le niega a otro. Y, entonces, lo que es primero y singular, la vida, se relega en favor de diversas aspiraciones y necesidades que, que aunque no fueran ilícitas en sí mismas (planificación de la familia, libertad sexual), no tienen punto alguno de comparación con aquel derecho. Y no veo aquí cómo funciona el principio de la igualdad constitucional, en tanto se niega a uno lo que elocuentemente se concede a otra sin que exista, como es fácil comprobar, que ninguna disposición de las Convenciones ADH y de DN, prevé la situación que el fallo consagra como derecho susceptible de tutela. Como se ha visto en el considerando 15º, usa la Corte federal los principios de igualdad y de no discriminación para equiparar la situación de las mujeres en los supuestos del inc. 2º del art. 86, CP, con los previstos en el inc. 1º. Desde que los principios citados no tienen rostro y apuntan a situaciones abstractas, no advierto por qué la persona por nacer, que es persona por naturaleza desde su concepción (art. 19, CCCN; art. 4.1, Convención ADH), quede fuera de su ámbito de protección. *Pro homine* en favor del interés prevaleciente y, al por nacer, no le queda nada. Nadie ha de bregar por su vida en la soledad del consultorio médico en donde se habrá de decidir su suerte. Ni tan siquiera se ha acordado la Corte federal de la representación ‘promiscua’ del incapaz; aunque fuera como un formal cometido de presencia, no obstante que, según la ley vigente, las decisiones que se adopten respecto de los intereses de menores, en ausencia de la representación promiscua indicada, son nulas (art.103, CCCN,

“*la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto*”; relativa, aclaro, porque puede ser susceptible de confirmación, si es que el hecho –como en el caso- no se ha consumado; art. 386, 388, 1645, CCCN; la confirmación deja subsistente el acto). Se prevé su intervención y ‘al menos’ la presencia de un letrado, en el caso de la interdicción del art. 35, CCCN. Si se prevé en ese supuesto, que apunta a proteger al eventual incapacitado, cómo no exigirlo cuando está en juego la vida de la persona por nacer. Si el Ministerio Público debe intervenir en los supuestos de cambios de nombre y apellido (art. 70, CCCN), cómo no ha de estar presente en la toma de decisión de la muerte prematura del concebido. Si es parte necesaria en la declaración de ausencia (art. 82, CCCN); si su presencia es necesaria en los procesos que involucran intereses de menores y, en forma extrajudicial, lo es “*ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales*” (art. 103, CCCN). El fallo deja librado a ‘un 007’ la facultad de suprimir la vida de la persona por nacer; faculta a un médico, por diplomado que sea, a matar; la ley lo autoriza en el art. 86, inc. 1º, CP, pero en modo alguno puede disponerlo fuera del ámbito estricto de la ley penal, que no admite interpretaciones extensivas en perjuicio del ‘bien jurídico tutelado’, que no es otro que la vida de la persona por nacer; insisto, pues, en que es esa la ubicación sistemática que el legislador penal le dio a la figura del aborto: los delitos que atentan contra la vida de las personas. Y si los jueces no pueden crear delitos por ausencia de algún requisito en la conducta que hace a su tipicidad penal, tampoco puede borrar delitos que el legislador ha creado, pues se sustituye así en la función del legislador.

Por qué tanta liberalidad frente al destino del concebido? Cómo es que algunas leyes pueden subordinarse a la voluntad de los jueces? El art. 51, CCCN, dice: “*Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”. La doctrina nacional venía reclamando se incorporara al CC, los derechos personalísimos⁴⁴, como modo de engarzar el Derecho civil en las cláusulas constitucionales; es, pues, un mérito del CCCN⁴⁵. El respeto

⁴⁴ El IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1969: el despacho aprobado sobre la incorporación al CC de los derechos de la personalidad, decía: “2) La reglamentación comprenderá los siguientes tópicos: a) protección de la vida y la integridad corporal”.

⁴⁵ Aunque Vélez Sarsfield se ocupó también de la persona y no sólo del patrimonio. En el art. 1075, dice: “*Todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona*”. En el art. 1096, CC, excluyó de la acción de los acreedores los

de los derechos personalísimos requiere, antes que nada, consolidar el primero de ellos: el derecho a la vida pues, como dijo la Corte en el antes citado fallo en “Campodónico de Beviacqua”, más allá de su naturaleza trascendente, la persona es inviolable. Y si la ley –además de la naturaleza- dice que se es persona desde la concepción (art. 19, CCCN; art. 70, CC), entonces, desde la concepción la persona es inviolable. Y no hay allí distinción alguna que hacer (*ubi lex non distingue nec nos distinguere debemus*). Cuando la norma dice ‘en cualquier circunstancia’, está indicando que no puede admitirse límite alguno para el reconocimiento de esa personalidad cuando se trata, específicamente, de la vida que, en toda clasificación de derechos personalísimos, está en primerísimo lugar, pues los demás derechos son instrumentales; requieren de la vida para su defensa e invocación. Vuelvo a insistir, porque el Derecho penal sólo declara exentos de pena, cuando las gravísimas circunstancias, que de otro modo no pueden subsanarse, enfrenta dos derechos de igual valía: la vida de la madre o la vida de su hijo (art, 86, inc. 1º, CP).

7. El orden público de la Constitución Nacional. Determinados principios contenidos en la CN argentina –como en la de todos los países independientes y soberanos- deben respetarse desde que priman frente a cualquier tratado internacional. Ningún pueblo externaliza su soberanía en favor de otro órgano o poder extranjero y, en particular, si su propia Constitución no lo prevé. Las ‘fórmulas pétreas’ de una Constitución, que sostengo “expresan el sentido de una comunidad política en un tiempo y espacio determinados y presuponen que dejarán de serlo sólo a partir de una expresión suficiente, libremente concertada, en otro tiempo y espacio determinados”⁴⁶, alojan el orden público inderogable que informa la legislación derivada. En el art. 33, CN –derechos implícitos- revista sin mención el derecho a la vida -que solo aparece en el art. 29, CN (traición a la Patria)-, que ha sido declarado por la CS, como ya he dicho, como “el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución

derechos ‘inherentes a la persona’; y no transmisibles a los herederos (art. 498, CC). Y en el art. 1068, hizo lugar a la reparación del daño causado ‘a la persona, a sus derechos y facultades’.

⁴⁶ “En defensa de la Constitución”, relacionado al caso de Honduras, en www.acaderc.org.ar.

Nacional”⁴⁷. Al respeto y vigencia de este derecho, con rango ‘supremo’ (art. 31, CN), ha de subordinarse cualquier concertación contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos pues, sujetos a la interpretación constitucional local, tendrán supremacía en tanto no deroguen “artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (sic, art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN). Y, si se complementan, es para reforzarlos, no para suprimirlos. La Corte IDH define ese carácter ‘subsidiario, coadyuvante y complementario’ que reviste la Convención ADH, como la jurisdicción de la propia Corte IDH⁴⁸. El orden público de la CN ha sido defendido por la CS argentina⁴⁹, y tiene correlato en la doctrina del TEDH, sobre el ‘margen de apreciación nacional’, desarrollada –como aquélla expone- a partir de los casos ‘Lawless v. Ireland’, sentencia de 1/07/1961, ‘Handyside v. The United Kingdom’, sentencia de 7/12/1976, y ‘Lautsi and Others v. Italy’, sentencia de 18/03/2011.

Con relación al desconocimiento que en el considerando 14º hace la Corte federal en el fallo “F.A.L.”, del carácter de ‘reserva’ acerca de lo que para Argentina debe entenderse la definición de niño, digo que tampoco comparto esa afirmación con sujeción a los siguientes argumentos. En primer lugar, la aprobación de una convención exige la previa decisión del Congreso de la Nación y la posterior promulgación de la ley respectiva por parte del Poder Ejecutivo. La voluntad del pueblo de la Nación fue clara en el sentido de lo que Argentina entiende y entenderá en adelante, respecto de ‘niño’, en la aplicación de la Convención (se es niño desde la concepción). La Convención obliga al país desde el depósito del instrumento de ratificación; a partir de allí, esa será la interpretación que obliga a todos los órganos del Estado, incluyendo a los jueces, pues éstos no pueden ponerse por encima de las leyes

⁴⁷ CS, *Fallos* 302:1284; 310:112; 323: 1339; 323:3229.

⁴⁸ Caso ‘Chocrón Chocrón c. Venezuela’, sentencia N° 227, de 1/07/2011, párr. 21 y sus citas: Preámbulo y art. 46 de la CADH; OC- 2/82, de 24/09/1982, párr. 31; Caso ‘Velásquez Rodríguez c. Honduras’, sentencia de 29/07/1988, párr. 61; Caso ‘Perozo y otros c. Venezuela’, sentencia N° 195, de 28/01/2009, párr. 64; Caso ‘Cabrera García y Montiel Flores c. México’, sentencia N° 220, de 26/11/2010, párr. 10, entre otras.

⁴⁹ Causa “Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (CS, 1993, *Fallos* 316:1669): ‘Una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales’, podrá asignarse supremacía; así resulta del art. 27, CN argentina.

del Congreso, a menos que las declaren contrarias a la Constitución. En segundo lugar, el art. 2° de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, define lo que se entiende por reserva, diciendo: “*d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, **cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de **excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado*****” (sic, énfasis añadido). En tercer lugar, porque la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC N° 2/82, del 24 de septiembre de 1982, sostuvo con claridad, en el párrafo 22, luego de sostener que el art. 19 de la Convención de Viena, en sus incs. ‘a’ y ‘b’, no prohíbe reservas ni especifica las que son permitidas, expresa que “el art. 75 [de la Convención ADH] permite que los Estados ratifiquen o se adhieran a la Convención **con cualquier reserva que ellos quieran hacer**, siempre y cuando ésta no sea *incompatible con el objeto y fin de la misma*” (sic, énfasis añadido; la cursiva corresponde al original). En el párrafo 35, la Corte IDH consigna que: “Para los fines del presente análisis, la referencia del artículo 75 a la Convención de Viena solo tiene sentido si se entiende como una **autorización expresa** destinada a permitir a los Estados **cualesquiera reservas que consideren apropiadas**, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado. Como tales, se puede decir que ellas se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y, consecuentemente, no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte” (sic, énfasis añadido). Para no abundar, el párrafo 37 establece: “Habiendo concluido que las reservas expresamente autorizadas por el artículo 75, esto es, **todas las compatibles** con el objeto y fin de la Convención, no requieren aceptación de los Estados Partes, la Corte opina que los instrumentos de ratificación o adhesión que las contienen entran en vigor, de acuerdo con el artículo 74, desde el momento de su depósito” (sic, énfasis añadido).

Abundando ahora, agrego que la interpretación que el Congreso impuso a la vigencia local de la Convención DN, luego incorporada en el art. 75, inc. 22, CN, es coherente con el art. 41 de la misma, que establece: “*Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que **sean más conducentes a la realización de los derechos del niño** y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional*”

vigente con respecto a dicho Estado” (sic, énfasis añadido). A la época de la ratificación, el art. 70, CC de Vélez Sarsfield, permitía consolidar sin duda alguna, que el niño era persona desde su concepción en el seno materno, lo que ajustaba al art. 33, CN; hoy, el art. 19, CCCN, permite igual conclusión, pero dentro o fuera del seno materno, mal que les pese a los cultores del mercadeo de embriones humanos. Reitero, que una disposición similar a la del art. 41, revista en el art. 29 de la Convención ADH, de manera que la cuestión de la reserva aparece jurídicamente irrelevante por donde se la mire. De allí que los informes de los organismos de control de los Tratados a los que la Corte concede irreflexiva sumisión, no son obligatorios para el Derecho argentino que, por ahora, no admite la interrupción voluntaria del embarazo, ni generaliza su aplicación, a salvo de la previsión del art. 86, inc. 1º, CP, donde la vida del niño por nacer pone en peligro la vida de la madre, no mediando otra vía de solución del problema. Entonces, cómo dudar de que la ampliación de la protección al niño por nacer, es una extensión temporal con efectos jurídicos sobre la vida, la persona y los derechos del *nasciturus*!

Germán J. Bidart Campos, ha expresado de manera concluyente que el derecho a la vida, que ya estaba incluido en el artículo 33 de la Constitución Nacional, lleva a que el aborto viola ese derecho a la vida, y que abortar -con o sin ley que lo autorice- es inconstitucional. Y afirma en forma enfática: “Ni siquiera el aborto por motivos terapéuticos, eugenésicos o sentimentales, podría purgarse. No llegamos a decir que la Constitución obligue a penalizar el aborto mediante ley, pero sí decimos que cuando lo penaliza -como nuestro Código Penal- las desincriminaciones que a continuación hacen excepción a la punición aparentan revestir implícitamente el alcance de una especie de autorización legal que, en cuanto tal, sí es inconstitucional”⁵⁰.

Tomo de un artículo del profesor Gentile, la opinión de un convencional constituyente en la reforma de 1994, que es hoy ministro de la Corte federal. Me refiero al doctor Horacio Rosatti, quien al explicar la razón de la incorporación de la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” en el art. 75, inciso 22, dijo: “puedo afirmar, como convencional constituyente e integrante de la Comisión de Redacción de la Reforma de 1994, que el fundamento histórico de la incorporación de esta expresión en la Convención –más allá de

⁵⁰ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1991, t. III, p. 177.

que una vez inserta en el texto constitucional tal expresión cobra vigencia generalizada— no fue otro que reforzar (indirectamente) la posición de un sector de convencionales que aspiraba a consagrar constitucionalmente el criterio de que la vida humana comienza al momento de la concepción”⁵¹. Por lo hasta aquí dicho, me vence la tentación de consignar, como lo expone Miguel Ángel Ekmekdjian, que Alberdi desconfiaba de los poderes constituidos para garantizar el cumplimiento de la Constitución; los frenos y contrapesos no son suficientes para que la división de los poderes funcione como debiera.

El orden público interno de la CN, está contenido en el art. 27, CN, en estos términos: “*El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*” (énfasis añadido). Como primer abordaje diré que la CN es de orden público y, por tanto, de Derecho público. Y que esas normas de Derecho público contienen, sin duda alguna, los principios, derechos y garantías que conforman la parte dogmática de la CN. De allí que, conforme lo admitió la CS al fallar en el caso “Ekmekdjian c. Sofovoch”, un tratado, aprobado por el Congreso, tiene un valor jurídico superior a la ley, desde que conforme con el Tratado de Viena sobre Derecho de los tratados (art. 27), ningún Estado puede invocar su derecho interno para incumplir el tratado. Otra cosa distinta es la primacía de la Constitución: ningún tratado puede prevalecer sobre ella, en tanto se trata del orden público interno que es su soporte esencial; y lo digo así, en tanto reduzco el argumento a la finalidad de las constituciones que, más allá de la organización del Estado, su misión — históricamente y en el rigor de las cosas— fue y es oponer una valla al poder estatal, de modo que los derechos individuales no se vean sojuzgados por los “abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”⁵². Como sostuvo la

⁵¹ Rosatti, Horacio D., “El Llamado ‘Control de Convencionalidad’ y el ‘Control de Constitucionalidad’ en la Argentina”, en La Ley, Suplemento Constitucional, N° 1, 13 de febrero de 2012, p. 4. Rosatti concluye de modo categórico que “no es históricamente cierto que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ —en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos— haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a ‘con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes’” (ob. cit., p. 5).

⁵² CS, Fallos 33:162. Ver también, Caso “Favela Nova Brasilia c. Brasil”, sentencia N° 333, de 16/02/2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte federal en “Fibraca” los tratados están por encima de las leyes ordinarias “una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales”.

Sin entrar en la discusión doctrinaria según la cual el art. 27, CN, constituye una valla para la transferencia de atribuciones a organismos supra nacionales que, de hecho, ha acaecido respecto de la Convención ADH, al someterse a la jurisdicción de la Corte IDH, la incorporación de esa Convención al texto constitucional (art. 75, inc. 22, CN), encuentra su límite en la expresión de que esa Convención y otros instrumentos internacionales allí mencionados, no derogan artículo alguno de la parte dogmática de la CN. Es esta afirmación la que, a mi juicio, le da un sentido más amplio a la fórmula del art. 27, CN, ‘en conformidad con los principios de derecho público’, con lo que cabe entender que, además, contiene a los principios de derecho civil que la CN asegura en su parte dogmática a todos los habitantes; como dice Pablo Manili, derivando su conclusión del fallo “Cabrera, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (CS, *Fallos* 305:2150), “el tratado no sólo debe respetar los derechos políticos sino también los civiles”⁵³. Con lo que se puede extraer del fallo en “Fibraca Construcciones”, de 1993 (CS, *Fallos* 316:1669), confirmado en “Cafés La Virginia”, 1994 (CS, *Fallos* 317:1282), que ‘una vez asegurados los principios de Derecho público constitucionales –y los civiles- cabe asignar primacía al tratado sobre toda norma interna contraria. Vuelvo a insistir aquí, con apego a lo previsto en los arts. 41, CDN, y 29, CADH, en la medida que los derechos y garantías de la CN prohíjan superiores derechos en favor de los derechos del niño y de los individuos en general, las normas locales, derivadas de la CN, tendrán primacía sobre el contenido más o menos explícito de los tratados y convenciones sobre derechos humanos. Es que, tales disposiciones constituyen un límite que esos mismos instrumentos imponen a su vigencia. Adecua, pues, según mi criterio, al orden de prelación del art. 31, CN (“*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados... son la ley suprema de la Nación*”), lo que viene a resultar una

⁵³ Manili, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina*, Daniel A. Sabsay –Director-, Pablo L. Manili-Coordinador-, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 1078.

confirmación del orden de prelación normativa. Aunque para un número destacado de constitucionalistas, ese orden sólo funciona –en igualdad de jerarquía- frente a las leyes locales, conservando aquéllas una misma preeminencia. No obstante la autoridad de quienes así opinan, creo que las convenciones antes citadas (CADH y CDN), tienen en su contenido el germen de su propia limitación, pues se subordinan a las normas internas de los Estados que mayores garantías y derechos aseguren a los individuos. En fin, las antes citadas convenciones son, en estricto derecho, contrarias a la CN en todo aquello que implique desconocer –en orden al tema que nos ocupa- la personalidad natural y jurídica del niño desde su concepción dentro o fuera del seno materno. Como quería Bidart Campos, en el sentido expuesto son inconstitucionales; en similar sentido, dice Quiroga Lavé, citado por Manili, que luego de la reforma de la CN de 1994 (primera proposición del art. 75, inc. 22, CN), los tratados internacionales son operativos porque son superiores a la ley⁵⁴, de modo que “solamente podría nuestro país desconocer una de sus normas si estuviere en contradicción con una norma constitucional”.

María Angélica Gelli no desarrolla en profundidad la interpretación que cabe asignar a los arts. 27 y 31 de la CN; sin embargo, sostiene en orden al control de constitucionalidad de los tratados que “los que se celebren deben respetar –es decir, sujetarse, subordinarse- al Derecho Público de la Constitución, **lo que significa a toda la Constitución Nacional**” (énfasis añadido). Recuerda también el fallo dado en “Arancibia Clavell” (CS, 2004, *Fallos* 327:3312, en que se abordó el tema de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad), donde los votos de los jueces Boggiano y Fayt, en que el primero –que votó con la mayoría- sostuvo que no podía declararse la inconstitucionalidad de un tratado con jerarquía constitucional –criterio que no comparto en función de la autolimitación contenida en la CDH y en la CDN y el orden previsto en los arts. 27 y 31, CN-; y el segundo, doctor Fayt, en concordancia con el voto del doctor Belluscio, sostuvo que los tratados de derechos humanos tienen una jerarquía de segundo orden⁵⁵; ciertamente, inmediatamente por debajo

⁵⁴ Manili, op. cit., t. I, p. 1210.

⁵⁵ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 4ª ed., 4ª reimpresión, t. I, p. 418.

de la CN, que es el criterio que vengo suscribiendo y he defendido en otras ocasiones⁵⁶.

8. La Convención ADH. Llamada también Pacto de San José de Costa Rica fue celebrada allí el 22 de noviembre de 1969; fue aprobada por ley 23.052, sancionada el 1 de marzo de 1984 y promulgada el 19 de ese mes, cuyo texto formó parte de esa ley, lo que corresponde a la práctica legislativa. Reconoce en su art. 2, la competencia de la Comisión IDH y de la Corte IDH, a condición de reciprocidad. En el punto que aquí interesa, el art. 4º dice: *“Derecho a la Vida. 1. 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”*.

El art. 29, establece: *“Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (subrayo los incs. ‘b’ y ‘c’ pues interesan a este trabajo).*

El adjetivo ‘en general’, puesto entre comas en el art. 4.1, ha complicado la interpretación de este derecho sustancial del ser humano por nacer, que es su propia vida. Según el Diccionario de la Real Academia española, significa: “1. Común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente. 2. Común, frecuente, usual”. La Corte IDH extrajo de él consecuencias que contradicen el derecho postulado.

⁵⁶ Entre ellas, mi discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Cs Sociales de Córdoba, como miembro correspondiente por la Provincia de Chubut.

La Corte IDH recuerda, en algunas de sus sentencias, como en la del Caso “Atala Rifo c. Chile”, que en el Preámbulo de la Convención ADH se sostiene que la protección internacional es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria **de la que ofrece el derecho interno** de los Estados americanos”. Algo similar se observa en la Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, Serie A, párr. 26, sobre *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y Caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia N° 4, de 29 de julio de 1988, párr. 61⁵⁷. Desde mi visión de las cosas, esto significa que sólo cuando la CADH o la CDN ‘aportan’ una solución que ofrece al individuo o al niño un derecho de mayor contenido o alcance, debe aplicarse la Convención; no así, cuando ésta le produce una afectación tan grave y odiosa que conculca, lisa y llanamente, el derecho que le pretende o promete asegurar.

9. La interpretación de la Corte IDH. El caso resuelto por la Corte IDH (“Artavia Murillo c. Costa Rica”, sentencia de 28 de noviembre de 2012), trata en muy apretada síntesis, sobre la denuncia formulada ante la Comisión IDH por un grupo de parejas que habían iniciado procedimientos de fertilización asistida (fecundación in vitro, FIV, en adelante) en la República de Costa Rica, una de las democracias más estables de la América latina. Hacia 1995 por decreto del poder ejecutivo, se había reglamentado en la República la citada técnica de reproducción asistida; estaba reservada, exclusivamente, para parejas matrimoniales. A su impulso, los peticionarios habían iniciado los procedimientos médicos necesarios del caso, pero una acción de inconstitucionalidad del decreto fue resuelta afirmativamente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica por lo que, en adelante, debieron suspenderse los procesos y, en algunos de los casos, se siguieron en el extranjero. A partir de allí, Costa Rica devino, según afirma la Corte IDH, en el único país del mundo que prohíbe la FIV (párr.. 67). La sentencia de la Corte IDH declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber

⁵⁷ Ver, entre otras sentencias, Caso “Godínez Cruz”, sentencia N° 5, de 21/07/1989, párr. 64; Caso “Fairén Garbí y Solís Corrales”, sentencia N° 6, de 15/03/1989, párr. 85; Caso “Gangaram Panday”, sentencia N° 12, de 04/12/1991, párr. 38; Caso “Perozo y otros c. Venezuela”, sentencia N° 195, de 28/01/2009, párr. 64; Caso “Cabrera García y Montiel Flores c. México”, sentencia N° 220, de 26/11/2010, párr. 10; Caso “Chocrón Chocrón c. Venezuela”, sentencia N° 227, de 1/07/2011, párr. 21 y sus citas; Preámbulo de la CADH entre otras.

vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención ADH en perjuicio de los peticionarios. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, al hacer lugar a la tacha constitucional del decreto que regulaba la FIV, en su sentencia del 15 de marzo de 2000, dejó asentado que la práctica aludida, en el estado actual de la ciencia y de la técnica biológica, en tanto implica cualquier eliminación o destrucción de concebidos, viola su derecho a la vida, por lo que el decreto que la autoriza contraviene los derechos de la Constitución política. En el punto 4 de la parte resolutive, condena al Estado a “incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación” (sic), aunque no figura en el punto I de ‘Introducción a la causa y objeto de la controversia’. La Corte IDH declara que los embriones no son ‘personas’ y, por tanto, carecen del derecho a la vida. Para la Corte IDH, “los artículos 1 y 6.1⁵⁸ de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar ‘protección y cuidados especiales [...] antes [...] del nacimiento’. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida” (sic, del resumen oficial). Con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se dice “que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería ‘contrario al objeto y propósito de la Convención’” (sic, del resumen oficial). La Corte IDH cita al TEDH para sostener que “se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana [, pero l]a potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona [...] requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una ‘persona’ con el ‘derecho a la vida’” (sic, del resumen oficial). En los párr. 156 y 264 de la sentencia, la Corte IDH entiende que la protección del

⁵⁸ Art. 6.1: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” (sic).

nasciturus obedece al “principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (sic). Entiende ‘concepción’ como anidación del embrión en el útero. En el párr. 233, la Corte IDH sostiene que el Comité sobre los Derechos del Niño, en el ámbito de la Convención DN, “no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal” (sic) y concluye en que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (sic). No aclara la razón por la que en la mayoría de los países latino americanos, el aborto está penado por la ley. El sistema jurídico de Costa Rica no les impedía el ejercicio de esos derechos, sino que impedía que fueran satisfechos sobre la vida de los embriones, a los que ese ordenamiento considera ‘personas’ desde la concepción. Califico a este fallo como la vía y la justificación del mayor genocidio del siglo XXI en América, con la simple excusa de satisfacer expectativas que la propia naturaleza de las personas interesadas les ha negado, cuestión sobre la que el Estado no tuvo intervención alguna. El art. 2 del Código de la Niñez y de la Adolescencia de Costa Rica, establece que “*Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho*” (sic, primer párrafo); el art. 3 es contundente: “*Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Código se aplicarán a toda persona menor de edad, sin distinción alguna, independientemente de la etnia, la cultura, el género, el idioma, la religión, la ideología, la nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas. Los derechos y las garantías de este grupo son de interés público, irrenunciables e intransigibles*” (sic, énfasis añadido). La Corte IDH imputa a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, haber impuesto a los peticionarios “una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia” (párr. 316), atribuyéndole efectos discriminatorios, cuando el primer discriminado y carente absoluto del principal derecho (a la vida) ha sido el embrión humano. El voto del juez Eduardo Vio Grossi, único disidente, se refiere, entre otros aspectos, a la interpretación que la mayoría hace del art. 4.1, de la Convención DN, donde afirma que “el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (sic). Frente a esa afirmación,

Vio Grossi sostiene: “No se puede estar más en desacuerdo con esta apreciación ya que el objeto y fin del artículo 4.1, visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de “toda persona ... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción”, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún” (sic). Agrego de mi colete, que es absolutamente falso que la mayoría de los Estados americanos nieguen al por nacer derecho a la vida, como sostiene la Corte IDH en forma explícita; así lo muestro en la investigación anterior sobre este punto⁵⁹. Sobre la base de lo dispuesto en los art. 29 de la Convención ADH y 41 de la Convención DN, y las normas internas de Costa Rica que acuerda mayor derecho a la persona por nacer que la interpretación dada por la Corte IDH, ésta no debió desconocer que los embriones gozan de la protección del derecho interno. Hoy se sabe que luego de la fecundación, los aportes de ADN de cada progenitor se organizan en pronúcleos separados, se sintetizan y, luego de 18 horas desde la concepción, se forma el cigoto, que es la primera célula; célula, que contiene la información genética completa del nuevo ser. A las 22 horas de la fecundación se produce la primera división celular; al sexto día, el embrión se inserta en el endometrio uterino. Tiene ya todos los arquetipos del ser humano, único e irrepetible, aunque fuere apenas visible. Al tercer mes, se denomina feto; mide 9 cm y ya tiene todos los órganos formados, que irán perfeccionándose. La embriogénesis humana explica todo esto y no pretendo dar precisiones sobre el punto. El Derecho latino americano, como he puesto de manifiesto, se ocupa no sólo de la protección del nacido sino del embrión, ‘desde la concepción’, por lo que es muy claro que protege la vida del no nacido en todas las etapas de su formación.

Como ‘mecanismo idóneo’ de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en “Artavia Murillo c. Costa Rica”, la Presidencia de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, admitiendo la práctica de la FIV y su regulación. Frente a su impugnación constitucional, el Decreto fue suspendido

⁵⁹ Argentina, arts. 53, 70, CC; art.19, CCCN; Colombia, art. 91, CC; Chile, art. 75, CC; Costa Rica, Cód. de la Niñez y la Adol., arts. 2, 3 últ. párr. y 195; Ecuador, art. 61; art. 2, Cód. de la N. y Adol., actualizado al 7/07/2014; El Salvador, art. 73, CC; Cód. de Familia, de 1994, art. 351; Méjico (CCFed.), art. 22; Honduras, art. 52, CC; Nicaragua, art. 13, CC; Paraguay, art. 28, CC y art. 1, Ley 2169 de Mayoría de edad; Perú, arts.1 y 5, CC. Además, derecho a suceder y recibir en donación.

por la Sala Constitucional de la CS de Costa Rica por lo que se mantuvo la vigencia de la prohibición de la FIV; y, en sentencia de 3 de febrero de 2016, hizo lugar a la impugnación constitucional por violación de la reserva de ley, en tanto el ordenamiento local exige el dictado de una ley, y así también lo prevé el art. 2 de la Convención, aunque es más amplio en las vías de adecuación del derecho interno a las garantías de la Convención⁶⁰. En 26 de febrero de 2016, en vía de supervisión de cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH sostuvo que su sentencia era de cumplimiento inmediato y vinculante en el orden interno, por lo que sostuvo que la FIV podía practicarse en Costa Rica sin necesidad del dictado de un acto jurídico⁶¹. Ante el inicio de un nuevo proceso, llevado por la Comisión ante la Corte IDH (“Gómez Murillo y otros c. Costa Rica”), el Estado llegó a una solución amistosa en la que suscribió un acuerdo transaccional, permitiendo a los peticionarios la realización de la FIV. El Estado aceptó la existencia de daños como padecidos por los peticionarios y admitió la procedencia de las mismas reparaciones que le fueron impuestas por la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo”, autorizando la aplicación de la FIV a todas las personas que en Costa Rica decidieran recurrir a esa vía para la obtención de un hijo biológico, por lo que al 11 de septiembre de 2017, el procedimiento debía estar disponible en los sistemas público y privado de salud de Costa Rica, en garantía del principio de no discriminación y de no repetición, referido éste en la sentencia en “Artavia Murillo”⁶².

En su voto disidente en “Gómez Murillo”, el juez Vio Grossi asienta tres cuestiones referidas a la competencia de la Corte IDH: a) Que el fallo se aplica al Estado que participa del caso y al supuesto allí ventilado⁶³; b)

⁶⁰ Dispone que la adecuación se efectúe ‘con arreglo a sus procedimientos constitucionales’ con medidas legislativas ‘o de otro carácter’. Esto incluye las sentencias judiciales, pues la obligación de observar las disposiciones de la Convención opera respecto de todos los órganos del Estado. Y siempre, consigno, con especial ajuste al orden público interno de la Constitución respectiva.

⁶¹ Este aspecto fue cuestionado por la CSJ argentina en la causa ‘Fontevicchia y D’Amico’, de 14 de febrero de 2017, en que sostuvo que la Corte IDH no puede revocar una sentencia de la CSJ pues se convertiría en una cuarta instancia revisora, exorbitando su función estructural prevista en la Convención.

⁶² Llama la atención que el Estado reconozca la ‘violación al derecho a la vida’ –entre los que el acuerdo reconoce-, en perjuicio de los demandantes, cuando la única vida afectada será la de los embriones que se descarten de cada uno de los procesos de la FIV (punto resolutivo 4).

⁶³ Sin embargo, la Corte IDH ha reivindicado su jurisprudencia como obligatoria para todos los Estados.

Interpretar y aplicar la convención ‘y no lo que ella desea’; c) Estricto apego a las normas que rigen su actuación. Remite a su voto disidente en la causa “Artavia Murillo”; agrega que la fertilización *in vitro* no ha sido específicamente regulada por el Derecho Internacional, por lo que corresponde a la esfera de reserva nacional, y vuelve a cuestionar las afirmaciones de la Corte IDH en ese caso (inicio de la concepción, amparo de la vida de la persona por nacer, no atribución de personalidad). Insiste en ello pues “tales expresiones podrían eventualmente ser empleadas para intentar justificar que la Convención permitiría el aborto, lo que no sería ajustado a su letra y espíritu” (sic). Vuelve a insistir en que la concepción es la unión del óvulo con el espermatozoide y que el art. 4.1 de la Convención ADH debe interpretarse en su tenor literal, por lo que la protección de la vida empieza con la concepción. Agrega que la Corte no preservó el derecho a la vida según la cláusula *pro personae* y que “nadie defendió el derecho a la vida del concebido, quedando éste, pues, en total indefensión y vulnerabilidad” (sic). Sostiene que no debió homologarse el acuerdo y que, al no pronunciarse estrictamente sobre el alcance del art. 4.1, se perdió la oportunidad, con la nueva composición del Tribunal⁶⁴, de revisar la jurisprudencia anterior y retomar ‘la defensa del derecho a la vida’, como se hizo en “Los Niños de la calle” (fallo de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144), concebido antes como ‘derecho inalienable’ (Caso ‘Familia Barrios c. Venezuela’, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 48).

10. Algunas conclusiones. Ciertamente que la investigación aquí efectuada no agota el tema de la protección jurídica de la persona y, en especial, de la persona por nacer, en las distintas etapas de su desarrollo. Lo que el legislador y el jurista deben evitar, según creo, es que se violenten las leyes de la Naturaleza de tal modo que la dignidad del Hombre se convierta en un concepto sin contenido práctico, maleable a las necesidades humanas. Los adelantos científicos, de la genética y de las ciencias que ayudan a la Medicina, deben abstenerse de usar los embriones humanos para ningún propósito y, menos, como acontece en España, para que sean objeto de investigación científica aunque se persiga con ello fines nobles. Con la autorización legal se abre la puerta a toda clase de excesos porque es y será

⁶⁴ De los seis jueces que participaron del caso anterior, sólo permanece el juez Vío Grossi.

muy difícil el control estatal sobre las investigaciones que llevan a cabo los laboratorios, en busca de nuevos descubrimientos y de drogas que permitan la cura de enfermedades (fin noble), propósito que ciertamente encubre fines mercantilistas, poniendo al ser humano ‘en el comercio’, como objeto de esas manipulaciones.

En cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo, sin desconocer las afectaciones y dramas que apareja así como las causas que la originan, cuando es el resultado de una violación, la ilicitud primera no borra la antijuridicidad del acto. Si se legalizara el aborto, como en Cuba, expedito, seguro y gratuito, se terminaría convirtiendo, la mayor de las veces, en la solución fácil de imprudencias de origen voluntario que tienen, como consecuencia inmediata el desprecio de la vida de la persona por nacer y, mediatas, la desvalorización de la mujer, que tanto lucha ahora por imponer el reconocimiento de iguales derechos. El legislador y el jurista deben rescatar aquel estándar de conducta que forjó la Corte federal en la sentencia del caso “Santa Coloma”, de 05/08/1986, donde sentó un alentador precepto: “los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta”. De allí que considero que la sentencia de primera instancia de la Provincia de Santa, que autoriza el matrimonio de una viuda con la hija de su esposo fallecido, excede con mucho la neutralidad de una Moral social.

La Corte federal ha expuesto otra consideración que no debe desatenderse: “De acuerdo a las directivas de una valiosa doctrina elaborada sobre la base de la tradición romana, lo que es inmoral o es contrario al orden social no puede subsanarse por el transcurso del tiempo: el acto será siempre inmoral o contrario al orden público cualquiera que sea el número de años que hayan pasado desde su ejecución pues el tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral o lo ilícito en lícito”⁶⁵.

El viejo CC de Vélez Sarsfield no debe sepultarse como objeto en desuso, porque hay en él mucho de buenas costumbres que el legislador actual no debe olvidar y porque rigió la vida nacional en tiempos turbulentos y en otros prósperos y felices. Frente a las influencias de los organismos

⁶⁵ CS *Fallos* 179:173); CS, 10/09/1991, “Marriot Corporation c. RILA S.A. y/u otro”, *LL* 1991-E-499; CS, 17/03/1998,”“Sergi Vinciguerra, Antonio c. Banco Central de la República Argentina / B.C.R.A. s/ cobro de australes”, *Fallos* 321:277.

extranjeros y los intereses de toda índole que el consumismo impone, quedan a nuestro Pueblo las garantías y derechos de la Constitución, que debemos reforzar y proteger como bastión de la libertad; no para hacer cualquier cosa, sino para elevar la condición del Hombre, su cultura que es la máxima expresión social e histórica del espíritu; porque “el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”⁶⁶.

En el art. 14, CC, repudiaba Vélez la aplicación de la ley extranjera, cuando sus disposiciones se opusieran al derecho público, o criminal de la República, o a la moral y las buenas costumbres; cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación del CC. Decía en la nota al art. 1207, CC, que: “Es una máxima de la moral y del derecho que el respeto y consideración a las leyes de una nación extranjera no pueden comprender los casos en que se violen las leyes de la naturaleza, o las leyes divinas”. Y en la nota al art. 530, CC, que “En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas”. En la nota de aceptación dirigida al Ministro de Justicia, en que Vélez Sarsfield admitía la colosal encomienda, sostuvo que el CC debía ser una obra de todos y se anticipaba a un futuro preocupante por los cambios del devenir social. Decía en ella que “Las ciencias jurídicas no son estacionarias, el progreso es su vida que se manifiesta por trabajos incesantes... A cada época las cuestiones científicas se transforman y cambian de aspecto. Una colección de buenas leyes civiles solo podrán obtenerse por... el verdadero conocimiento del estado actual de las costumbres y creencias religiosas de la República”. En la Comisión que abordó en Córdoba, el IV Congreso de Derecho Civil, sobre la protección de los derechos personalísimos, se produjo una singular disidencia en orden a si los derechos debían ser consignados de modo preciso o de modo vago. Fernando López de Zavalía, brillante jurista de Tucumán, sostuvo que el concepto debía ser vago, y el que apoya dice “... preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional de respeto a la personalidad humana, como pueden

⁶⁶ Del Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948.

ser, entre otros...”; allí estarían comprendidos los derechos personalísimos del hijo concebido y tal vez, en una representación superadora de la problemática de aquel presente, sostuvo que “será de pensar que en el futuro los padres previsores tendrán que pensar en aquella figura de la personalidad por concebir”. Reitero mi convicción, desde lo estrictamente jurídico, que el derecho a la vida, desde la concepción, dentro o fuera del seno materno, no debe ser violado por las necesidades, pretensiones, aspiraciones o exigencias, por legítimas que parezcan, pues es un derecho natural, preexistente a toda forma de organización social. Que la vida por nacer merece la efectiva protección del Estado, generando un amplio programa de información y de educación social, de ayuda efectiva a las embarazadas y de alicientes para el nacimiento con vida. Como he citado en otro lugar, concluyo sosteniendo que cuando Jacques Testart, biólogo, ateo y de izquierda, responsable del primer bebé nacido en Francia en 1982 por FIV, alerta sobre la estandarización del hombre a través de los avances de la biomedicina, no está condenando la investigación científica ni los frutos de su resultado. Sólo protege ese don de Dios, sobre el que el Estado no puede disponer.-

Córdoba, 1/04/2018.