

Las perplejidades de los Derechos Humanos (A propósito del fallo de la Corte IDH en el caso ‘Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica’)

Por Gustavo Carranza Latrubesse*

1. El caso resuelto por la Corte IDH. 2. La cuestión de los embriones. El inicio de la vida humana y sus vicisitudes. 3. La cuestión en el Proyecto de Código Civil unificado. 4. Algunas perplejidades que expone el fallo. 5. Conclusiones.

1. El caso resuelto por la Corte IDH. Aún el resumen oficial del fallo de la Corte IDH resulta demasiado extenso para explicitarlo en este trabajo. Daré, en lo posible, una visión sobre el *holding* del asunto y expondré, por ahora, sólo algunas de las perplejidades que suscita el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata de la denuncia formulada ante la Comisión IDH por un grupo de parejas que habían iniciado procedimientos de fertilización asistida (fecundación *in vitro*, FVI, 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 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 Americana en perjuicio de los peticionarios. Es de esencial interés destacar que 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 política¹. La Corte IDH, admite

¹ Según referencia de la Corte IDH, la Sala Constitucional dijo: “74.- Asimismo, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “*atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano*” . Para su fundamentación, la Sala Constitucional indicó que: i) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser

el reclamo de los peticionarios, a través de la demanda de la Comisión, a fin de garantizar los antedichos derechos y, para ello, hace una interpretación sumamente extensiva de los textos de la Convención ADH y del alcance, objeto y propósito que la anima, así como de la Convención de los Derechos del Niño y de otros instrumentos que integran el núcleo de protección de los derechos humanos. Entre las cuestiones que no serán abordadas en el presente trabajo, está la condena impuesta al Estado, en el punto 4 de la parte resolutive, de *“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), pese a que no figura en el punto I de ‘Introducción a la causa y objeto de la controversia’; la ‘insuficiencia’ del amparo en sede nacional; la cuestión de la falta de agotamiento de los recursos internos, como tampoco las argumentaciones efectuadas en la petición de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (CSJ), respecto de ciertos efectos padecidos por los embriones congelados y la existencia de un ‘negocio’ en la práctica referenciada.

2. La cuestión de los embriones. El inicio de la vida humana y sus vicisitudes. El proceso de FIV supone la inducción de la ovulación en la mujer, la extracción de los óvulos, y una delicada tarea de laboratorio en la selección de espermatozoides que habrán de fecundarlos, la obtención de los embriones y su posterior implantación en el útero materno. En apretada síntesis, la técnica utilizada no asegura que el embrión elegido implantado se desarrolle en el seno materno, por lo que es de práctica la obtención de varios embriones para asegurar un resultado que es, en gran medida y por ahora, aleatorio. Ello supone que algunos de esos embriones fecundados serán desechados, otros no progresarán luego de la implantación y alguno o algunos, serán congelados a la espera de nuevos intentos (supernumerarios). Cuando el proceso es exitoso, la implantación en el útero materno dará lugar a una persona por nacer que, si nace con vida, será una persona con la plenitud de los derechos civiles, menguada en su ejercicio o posibilidad de obrar. Desde 1978 en que se publicitó el primer nacimiento de un bebé humano por esta técnica, la cuestión ha puesto en crisis las viejas regulaciones del derecho civil y se han suscitado cuestionamientos morales y religiosos que ponen sus notas típicas en la cuestión jurídica; para muchos, la clarifican y ordenan; para la Corte IDH, ciertas cuestiones metafísicas ínsitas en la temática del inicio de la vida, si fueran consideradas por el derecho pudieran ser impuestas a quienes no creen en ellas, pero no explicita la razón por la que, los que creen, deben tolerar o soportar las opiniones contrarias. Para quienes pensamos que la Moral es fuente del Derecho y que nada debiera admitir el legislador que contravenga la Naturaleza, la decisión de la Corte IDH introduce una delicada cuestión en la postura tradicional del

protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer” (sic). Agregó que en los instrumentos internacionales que cita existe una fuerte protección del derecho a la vida y, por tanto, *“imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia”* (sic, párr.. 75).

derecho argentino y del derecho positivo latino americano. El nuevo Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial (ACC), se ha anticipado a esta sentencia, adoptando el criterio pragmático de que los embriones no son personas. Y he allí el dilema de satisfacer intereses contrapuestos y controversiales, tarea plausible por cierto, pero desaconsejable a mi juicio si se parte de considerar a la incipiente vida humana, pero vida y humana al fin, como una cosa.

Pienso y así lo he expresado con anterioridad, que solo de la persona humana, del ‘hombre’, se puede predicar ‘dignidad’. No sé de ninguna cosa de la que pueda decirse que es ‘digna’, a menos que se use como adjetivo (digna de admiración), ni de una conducta, con la misma salvedad (digna de encomio o de reprobación). De muchos animales se puede decir que son majestuosos, como los elefantes, los leones o las ballenas; pero de ninguno, de ninguna cosa, que sea ‘digna’. Y esto no excluye que el hombre tenga a su respecto deberes morales, ni que ciertas leyes los establezcan como deberes jurídicos. Este atributo exclusivo del hombre se predica desde el mismo instante en que comienza su vida, cualesquiera fuere el lugar en que se inicie, dentro o fuera del seno materno. Si, como dice en forma clara, reiterada y expresa la Corte IDH en este singular fallo, los embriones no son ‘personas’, serán cosas e inútil será, por tanto, que intente predicarse de ellas una dignidad de la que éstas, por su naturaleza, carecen. Reconocer que la incipiente vida humana es ‘digna’ de respeto, es admitir, solapadamente, su personalidad, desde que la casi totalidad de los ordenamientos civiles latino americanos, le reconoce a la persona por nacer derechos, que se cristalizan y consolidan definitivamente si nace con vida. Independientemente de que, en la mayoría de ellos, sea el nacimiento el inicio de su personalidad jurídica.

La Corte IDH hizo alusión al objeto de la protección de la Convención sobre los derechos del niño, que contradice el sentido de la interpretación (reserva) que impuso la República Argentina para la aprobación de la Convención, en el sentido de considerar al niño ‘desde su concepción’². Sería aquí de aplicación la máxima romana, de no hacer distinciones fuera del ámbito de la ley (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). La Convención fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 y rige a partir del 2 de septiembre de 1990; la reserva apuntada, aunque técnicamente es sólo ‘interpretación’, establecida por la ley de la Nación 23.849, impone que “*Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*” (sic). La ley fue sancionada el 27 de septiembre de 1990, cuando ya se había producido en la Argentina el primer nacimiento de un bebé concebido por FIV (1984); pero la Corte IDH es terminante al sostener que “*los artículos 1 y 6.1 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*

² Según la Corte federal argentina, se trata de una ‘declaración interpretativa’, que no constituiría una ‘reserva’ como la formulada respecto del art. 21 de la CDN; así lo ha expuesto en la causa ‘F.A.L.’, del 13.3.2012, considerando 14. No explica allí la Corte federal cuál sería el alcance concreto de esa ‘interpretación’.

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). Es claro que esta afirmación abre el camino hacia la implantación del aborto voluntario y unilateral, por simple decisión de la mujer. Pero no ha de olvidarse que la propia Convención ADH, aprobada por la ley argentina 23.054, de marzo de 1984, sostiene que los derechos allí reconocidos no derogan los establecidos en los ordenamientos internos de los Estados³, y el art. 41 de la Convención DN, invocado por Argentina en su ley de aprobación, expresa que *"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), disposición que también integra la cúspide del sistema normativo argentino, con lo que la Corte IDH no debió desconocer que los embriones gozan de la protección del derecho interno, en particular, de Costa Rica a quien se demandaba, que lo postulaba de modo expreso. 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, remarcado añadido).

Hay aquí una tremenda y primera discriminación de la Corte IDH, entre los concebidos en el seno materno y los concebidos fuera, aún no implantados, como establece el ACC argentino. 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). Admito que las convenciones sobre derechos humanos apunten a la inmediata protección de los seres vivos, los que existen con vida independiente, y son objeto preciso de la protección frente a los Estados, que se obligan a respetar y a garantizar esos derechos; pero no me resulta admisible la limitación declarada, pues, en todo caso, quebranta el sentido progresivo de los derechos humanos y la cláusula *pro homine*, y el derecho interno de los Estados, dejando indefensos a los más indefensos de los seres humanos: aquellos que no han nacido todavía. La Corte IDH cita al TEDH para sostener que *"se puede considerar que los*

³ El art. 29 de la CADH dice, en lo pertinente, que *"Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: 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..."* (sic).

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; énfasis añadido ahora). Esta postura es contraria al derecho positivo argentino, donde la persona por nacer (‘desde la concepción’) es ‘persona’ y, como tal, se le reconoce capacidad de adquirir ciertos derechos⁴ (sucesorios, por ejemplo) que hace suyos definitivamente con el nacimiento con vida, aunque fuere un instante luego de la separación del seno materno (art. 64, CC: “*Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia*”). Si bien, en el régimen del CC argentino vigente, tienen incapacidad absoluta de hecho o de obrar (art. 54, inc. 1º), el art. 51, CC, es categórico al establecer que “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*” (sic). Lo de existencia ‘visible’ no apunta a su tamaño, sino a la caracterización con signos de humanidad; parece evidente que el CC se está refiriendo allí a la distinción entre las personas de existencia visible y las de existencia ideal, o personas jurídicas. Cabe presuponer, por el conocimiento de la época, que se hacía referencia a las personas nacidas, pues en regulación separada (Título III, Sección Segunda, Libro Primero) se trata de las personas por nacer. Es decir, que para el derecho argentino lo contingente o los caracteres físicos de las personas, es indiferente en tanto el ente tenga ‘signos característicos de humanidad’. La nota de Vélez Sarsfield al art. 63, CC, es contundente: “*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*” (sic)⁵. El Código Civil de Chile, lo destaca el Codificador, tiene una visión diferente, desde que les atribuye carácter de personas a ‘los nacidos’⁶. Conviene repasar el derecho latino americano a fin de contestar aquella afirmación de la Corte IDH, según la cual el derecho a la vida del concebido no está garantizado.

El Código Civil de Bolivia, si bien en el párrafo I del art. 1º (Libro Primero, Título I, Capítulo I ‘Del comienzo y fin de la personalidad’) sostiene, como el ya citado Código de Bello, que “*I. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad*”, en el párrafo siguiente, el 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*” (sic). El

⁴ Art. 70, CC: “*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*”. El art. 74, CC, agrega: “*Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido*”.

⁵ Recuerdo a Borges: “*Si el nombre es el arquetipo de la cosa, en el nombre de rosa está la rosa y todo el Nilo en la palabra Nilo*”.

⁶ En la nota al art. 70, CC argentino, Vélez cita a Savigny; en su párrafo final dice: “*En fin; para tener la capacidad de derecho, el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad, exteriormente apreciables; no debe ser, según la expresión de los romanos, ni ‘monstrum’ ni ‘prodigium’ (8); pero una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho. Los textos no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad*” (sic).

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”*⁷. En su art. 663, el CC boliviano, se refiere a la donación a favor de personas por nacer: *“I. La donación puede hacerse en favor de quien está solamente concebido, o en favor de hijos aún no concebidos de una persona que vive en el momento de la donación. II. Los padres de los hijos por nacer y de los no concebidos, aceptan la donación”* (sic). Como dice Vélez Sarsfield en la nota antes citada, no tendría sentido la representación si no hubiera persona que representar. 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, CC boliviano, que autoriza la aceptación o repudiación de las herencias a los representantes de los menores e incapaces). El art. 1122, CC boliviano, 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, CC de Bolivia, 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”* (sic); y el párrafo III, aclara el sentido del art. 1122, al disponer que *“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)”* (sic). Este Código está en vigencia desde el 2 de abril de 1976.

En el Código Civil 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”* (sic). Antes, el art. 33, CC colombiano, con las correcciones efectuadas por la Corte Constitucional, dispone que *“La palabra persona, en su sentido general se aplica(rá) a la especie humana, sin distinción de sexo”* (sic)⁸, y el art. 74, dice que *“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”* (sic).

El art. 2 del Código Civil de Brasil, vigente desde el 2 de enero de 2002, dispone que *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do*

7

El Código del Niño, la Niña y Adolescente, ley del Congreso del 14 de octubre de 1999, en su art. 2 establece: *“(SUJETOS DE PROTECCIÓN).- Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos”* (sic, primer párrafo). El art. 3, dispone: *“(APLICACIÓN).- Las disposiciones del presente Código son de orden público y de aplicación preferente. Se aplica a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el territorio boliviano, sin ninguna forma de discriminación”* (sic).

⁸ El CC de Chile, que es su fuente directa, mantiene el texto original (art. 24).

nascituro” (sic). El art. 1597, CC brasileiro, 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*” (sic). El art. 542, CC de Brasil, dispone que “*A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal*” (sic). Como en el caso del CC boliviano, la representación tiene sentido en tanto existe una ‘persona’ a quien representar en la adquisición de determinados derechos; siendo la donación un contrato, los representantes de la persona por nacer deben aceptarla. El art. 1779, CC brasileiro, prevé la curatela del *nasciturus* en caso de inexistencia o impedimento paterno o materno. No se le provee curatela a ‘las cosas’ sino a las personas ‘para’ la administración y custodia de sus bienes.

En el CC de Chile, que 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 peligra. 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*” (sic). 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*” (sic); se da curador a la persona 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*” (sic). En cuanto a la ‘edad’ cabe aceptar que el ser humano atraviesa etapas en su desarrollo, como todos los seres vivos, desde el embrión (cigoto), feto, niño, impúber, púber, adulto, viejo; la persona humana se extingue con la muerte (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, etc.).

El CC de Costa Rica, que 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*” (sic, con la reforma de la Ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973). El art. 605, CC de Costa Rica, permite instituir heredera a la persona por nacer.

El CC de Cuba, aprobado en la sesión legislativa del 16 de julio de 1987, con vigencia 180 después de su publicación, dispone en su art. 24, que “*La personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte*” (sic), 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*” (sic).

El art. 28.1, dicta que *“La persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento”* (sic). 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”* (sic). Aunque no hay una referencia concreta a la persona por nacer, a salvo la remisión al Código de Familia, que también existe en el caso de Costa Rica, se le reconoce algunos derechos, como el citado⁹. El art. 21 de la Constitución política dice que *“La vida humana es inviolable”* (sic).

El CC del Ecuador, que 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”* (sic). 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”* (sic)¹⁰; 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”* (sic).

El CC de El Salvador, que rige desde el 1 de junio de 1860, dispone en su art. 26 que *“Llámanse 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 del CC ecuatoriano, 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”* (sic). Los arts. 72 y 73 repiten el texto del CC de Ecuador¹¹. El art. 76 establece que los derechos que se ‘referirían’ a la criatura que está en el

⁹ El art. 83, dice: *“La calidad de hijo adquirida de conformidad con el artículo 81, surte efecto desde el día de la concepción y aprovecha aun a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del mismo [el matrimonio]”* (sic, ley 5.476, del 5 de agosto de 1974).

¹⁰ Es el criterio de los Códigos Alemán, Suizo, Austríaco y Portugués. El CC español, en su art. 29, dice: *“El nacimiento determinará 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”* (sic), que se refiere a que tenga ‘figura humana’ y viviere separado de su madre por 24 horas. El CC italiano de 1942, art. 1, dice: *“La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita”* (sic); pero le reconoce capacidad para suceder estando concebido al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 462); la donación puede ser hecha a favor del concebido (art. 784).

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”* (sic). Reitero que, lo esencial en estas disposiciones 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”* (sic). 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”* (sic). 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”* (sic)¹².

El CC Federal de México, cuya última reforma publicitada 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”* (sic). 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”* (sic). El art. 1314, CC Federal mejicano, 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”* (sic). 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”* (sic). Es muy claro que el concebido puede recibir por testamento, como también por donación (art. 2357, CC Federal mejicano), desde que se lo tiene ‘por nacido’ a todos los efectos del CC. 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*

¹¹ Art. 72: *“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”*. Art. 73: *“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”*.

¹² El inc. 1º, establece el derecho *“A nacer en condiciones familiares, ambientales y de cualquier otra índole, que le permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-sico-social”* (sic).

o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad” (sic). No he encontrado en este Código ninguna referencia 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.

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 referenciados.

El CC de Honduras reproduce que “*La existencia legal de toda persona principia al nacer*” (sic, 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 antes¹³. El art. 54, repite la fórmula de la suspensión del derecho de la persona por nacer 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*” (sic) y serán aceptadas por los representantes legales.

El CC de Nicaragua, que rige desde 1904¹⁴ (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*” (sic). 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*¹⁵. 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*” (sic); tal vez sea una forma de decir que las personas por nacer no son personas, pese a que ‘alguien’ las representa; tales son sus padres y

¹³ “*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 peligrá*”.

¹⁴

He consultado una edición de 1931, de la Editorial de Carlos Heuberger, de Managua, en formato digital.

¹⁵ “*La ley protege la vida del que está por nacer. La autoridad, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona, o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer siempre que crea que de algún modo peligrá*”.

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); y 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, CC de Nicaragua, 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*” (sic). Me parece obvio que, si ‘tienen derechos’, es porque son ‘personas’¹⁶.

El CC de Paraguay, ley 1183 del 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*” (sic). 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: “*Art. 1°.- A los efectos de la interpretación y aplicación de la normas relativas a la niñez y a la adolescencia, establecese 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*” (sic).

El CC de Perú, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, establece una concisa regla: “*La persona humana es sujeto de derecho desde su*

¹⁶

Por razones de espacio no puedo extenderme en la consideración de que si se es sujeto de derechos, se es persona; aclaro, que alguna legislación como la argentina, reconoce la calidad de sujeto de derecho a ciertas asociaciones, sin concederle el carácter de personas jurídicas (art. 46, CC argentino). La personalidad jurídica es un atributo de la persona humana, inherente a su condición de tal, vinculada a su existencia, no a su capacidad de voluntad o discernimiento. El art. 1 del CC portugués, dice: “*Sólo el hombre es capaz de derechos y obligaciones: en lo cual consiste su capacidad, ó sea su personalidad jurídica*” (sic). El art. 6, dice: “*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*” del Código.

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). 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*” (sic). El art. 418, da la noción de patria potestad (“*Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores*”, sic); el art. 423, su contenido¹⁷; entre ellos, inc. 6, “*Representar a los hijos en los actos de la vida civil*” (sic). 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).

No encuentro en el CC de la República Dominicana ninguna referencia 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 referencias 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 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 referencia a 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*” (sic); 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*” (sic), con lo que con un método singular, aparecen las reglas generales del instituto (la ‘tutela de los

¹⁷ “*Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1.- Proveer el sostenimiento y educación de los hijos. 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores. 4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación. 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario. 6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil. 7.- Administrar los bienes de sus hijos. 8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está en lo dispuesto en el artículo 1004*” (sic).

padres' no es otra cosa que la patria potestad). Es relevante en orden al objeto de mi investigación del derecho positivo latino 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”* (sic). 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.

El CC de Uruguay, vigente desde el 19 de octubre de 1995, dice en el art. 21, que *“Son personas todos los individuos de la especie humana”* (sic). 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”* (sic). 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 referencia a las incapacidades de derecho, como las que pesan en los jueces de no adquirir bienes sometidos a su jurisdicción, etc.). 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”* (sic). 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”* (sic); 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”* (sic). 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”* (sic).

El CC de Venezuela, vigente desde el 26 de julio de 1982, establece en su art. 16, que *“Todos los individuos de la especie humana son personas naturales”* (sic). 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” (sic). 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” (sic).

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, 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 irreplicable, 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, 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 el derecho positivo latinoamericano, sin excepción, protege la vida del no nacido en todas las etapas de su formación. El análisis antes efectuado pone de manifiesto que la afirmación de la Corte IDH no ha sido feliz ni, para nada, exacta. El derecho positivo interno de los Estados debe prevalecer (art. 29, Convención ADH) sobre las decisiones de la Corte IDH, pues los instrumentos internacionales celebrados no han pretendido, en contra de sus propias normas internas, desproteger la vida humana, por incipiente que fuere. Adviértase que la obligación de adecuar las disposiciones del derecho interno a las cláusulas protectoras de los derechos humanos, opera en tanto aquéllas se contraponen a éstas; en modo alguno operan en sentido diverso. Interpretar que los derechos a la protección de la salud de las personas vivas, del derecho a la formación y planificación de la familia y de gozar de los adelantos científicos, se pueden procurar con el sacrificio de vidas humanas, contradice a mi modesto entender el objetivo de protección del Derecho Internacional de los DDHH. El derecho positivo, de todos los estados, protege la vida humana; la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica ha sido muy prudente en sostener que, en el estado actual de la ciencia y de la técnica, la metodología de la FIV atenta contra la vida humana. En rigor, no se trata de ‘prohibir’ la satisfacción de la paternidad ante la infertilidad; se trata de no atentar contra la vida. En un comentario anterior¹⁸, puse de resalto que la existencia y disposición de embriones supernumerarios excede, con creces y en un muy alto precio, el derecho que se intenta garantizar. En este sentido,

¹⁸ *Fertilización asistida. Aproximaciones a su problemática jurídica*, publicado en la página web de la Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, agosto de 2010. Véase también, de mi autoría, en el mismo sitio web y en elDial.com del viernes 19 de octubre de 2012, DC1971, el artículo *El comienzo y fin de la existencia de las personas y las cosas*.

los argumentos esgrimidos por la Corte IDH, en cuanto sostiene que también por las vías naturales el organismo, por las razones que fuere, desecha embriones y los embarazos se frustran, con las obvias ilusiones de los pretensos padres, son inaceptables; los designios de la Naturaleza no pueden constituir una justificación para disponer, sin límites, de la vida humana¹⁹. Con ese criterio y desde que la extinción de la vida material es inexorable, la muerte que la Naturaleza nos impone justificaría cualquier decisión en tren de satisfacer otras aspiraciones. El principio de reserva, contenido en el art. 19, CN, tiene el infranqueable límite del daño a tercero; el deber de no dañar campea en el derecho positivo y, antes que nada, marca una regla de conducta moral de insoslayable respeto.

Luego de aquella afirmación, la Corte IDH profiere una segunda discriminación entre los concebidos en el seno materno, según el estado del embarazo y el consecuente desarrollo del feto. En los párrs. 156 y 264 de la sentencia, la Corte DH entiende que la protección del *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). Cabe decir que la Corte IDH sostiene que la interpretación del término ‘concepción’, contenido en la Convención ADH, ‘ha cambiado’; se refiere a las dos posiciones, según las cuales, una, indica la unión de los gametos y, la otra, la anidación del óvulo fecundado en el útero. Recuerdo que nuestra Corte federal, en el caso ‘Portal de Belén’, con profusa cita científica, había definido la concepción como la unión entre los gametos, diferenciándola expresamente del momento de la anidación²⁰. La conclusión de nuestra Corte federal es, también, dentro del derecho positivo argentino, una fuente de interpretación ‘auténtica’ de las normas vigentes, que le dan sentido y merecen el respeto a que aludo con la cita del art. 29 de la Convención ADH, pues tiene ‘la última palabra’ en la interpretación constitucional²¹. Esta importante sentencia de la Corte federal argentina no aparece relacionada en la sentencia en comentario de la Corte IDH, pese a que en la nota 283 pasa revista a decisiones de altos tribunales nacionales, para los cuales no es de su competencia determinar cuándo se produce el inicio de la vida humana. Hasta ahora, nuestra Corte federal lo ha definido y esa es la interpretación constitucional del derecho a la vida que, aunque no aparece regulado expresamente, está ciertamente contenido (art. 33, CN)

¹⁹ El argumento de la Corte IDH, sobre la base del dictamen del perito Zegers, sostiene que “*De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora*” (sic, párr. 310).

²⁰ CS, 05.03.2002, ‘Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Estado Nacional s. Amparo’: “*El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación y es en ese momento que existe un ser humano en estado embrionario*” (sic). La Corte federal hizo referencia a que “*Los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción*” y agregó que “*Las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano*” (sic).

²¹ CS, 06.06.1995, ‘Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía’, *Fallos* 318:1154; CS, 17.12.1997, ‘Rodríguez, Jorge’, *Fallos* 320:2851; CS, 07.05.1998, ‘Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional / PEN s. amparo ley 16986’, *Fallos* 321:1187; CS, 07.05.1998, ‘PRODELCO c. ESTADO NACIONAL s. amparo’, *Fallos* 321:1252; CS, 06.03.2001, ‘Baca, Laura Mercedes c. Baca, Osvaldo Marcelo’; y CS, *Fallos* 324:3025 y 332:616, entre otros.

entre los derechos implícitos pues, como ella misma ha dicho, “*El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional*” (sic, del fallo en ‘Portal de Belen’). Y no está ‘lícitamente permitido’ dañar a otro.

En contrario a la postura nacional, que juzga a la ‘concepción’ como el inicio de la vida y, de modo expreso, de la ‘persona’, la Corte IDH sostiene que desde diversas ópticas, “*no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida*” (sic, del resumen oficial). Esta afirmación no tiene sustento en el derecho positivo latinoamericano y, en rigor, tampoco en el derecho continental que marca en el nacimiento el inicio ‘de la personalidad’, desde que los mismos sistemas protegen la vida, la salud y ciertos derechos del ‘por nacer’ (recuérdese el art. 6 del CC portugués). Sobre la base de la apuntada distinción (concepción e implantación) la Corte IDH sostiene que “*El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción*” (sic, párr. 186); y agrega en el siguiente: “*...la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede*” (sic, párr. 187)²². Omite decir, como lo he venido sosteniendo según el derecho positivo, que ‘el por nacer’ tampoco tiene ninguna posibilidad de asegurar los derechos que se le reconocen antes de nacer, si no nace con vida. La Corte IDH interpreta el art. 4.1 de la Convención, diciendo que la expresión ‘en general’, “*permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones*” (sic), de allí que entienda que la palabra ‘concepción’ está referida a la ‘implantación’ del embrión en el útero y no a la fecundación (párr.. 189)²³. Aunque no me es posible ahondar la crítica sobre los métodos de interpretación utilizados por la Corte IDH para llegar a su ya anticipada conclusión, consigno que en el caso, recurre al art. 31.4 de la Convención de Viena, “*según el cual se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Por tanto, la interpretación del texto del artículo 4.1 de la Convención se relaciona directamente con el significado que los Estados Parte de la Convención Americana pretendían asignarle*” (sic). Adelanto mi opinión en sostener que, difícilmente, Costa Rica pudo haber ‘entendido’ aceptar la Convención frente a los textos de su derecho interno y a la interpretación que su Corte Suprema ha hecho sobre el punto en disputa; en el caso argentino, recuérdese, la reserva de interpretación hecha respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño es terminante en el sentido de

²² El art. 4.1, de la Convención ADH, dice: “*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*” (sic).

²³ El párr.. 258 precisa esta cuestión en los siguientes términos: “*En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención 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).

considerar al niño ‘desde la concepción’, significación que con arreglo al derecho interno no hace referencia ‘al segundo momento’ (implantación), sino al primero, tal como lo sostuvo la Corte federal argentina en el caso, ya citado, de ‘Portal de Belén’. Por lo demás, la Corte federal argentina ha dicho, reiteradamente, que la primera regla hermenéutica es la letra de la ley²⁴. Apelando a una ‘interpretación sistemática’ de la Convención, la Corte IDH sostiene que *“el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales”* (sic, párr.. 222); y concluye en que *“no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”* (sic, párr.. 223). Sostiene luego, con referencia a la opinión del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, con cita de un caso contra Perú en que se prohibía la interrupción del embarazo de una niña, embarazo que pondría en peligro su propia vida al no resultar posible una intervención quirúrgica, que dicho Comité *“ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW”* (sic).

Analiza luego el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), refiere la Observación General No. 6 (derecho a la vida) y la Observación General No. 17 (Derechos del niño), del Comité de Derechos Humanos, concluyendo que *“ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión”* (sic). Tampoco me satisface esta conclusión pues plantea una situación muy diferente, que es la opción de sacrificar dos intereses valiosos (vida de la madre y vida del niño por nacer); el Código Penal argentino de 1921 (art. 86, incs. 1 y 2) ya planteaba la solución del dilema en favor de la vida de la madre, que se amplía a los supuestos de violación, en donde el argumento, aunque suscita profundas dudas y muy fundados cuestionamientos morales y religiosos, favorece a la mujer violada quien, en el caso, no tendría un deber jurídico que soportar, desde que ha

²⁴ Aunque en numerosos fallos indica a la ‘intención del legislador’ como primera regla hermenéutica, ha dicho que *“La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, por lo cual, cuando allí se emplean varios términos sucesivos, es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, el que debe buscarse no en significaciones oscuras o abstractas sino en el sentido más obvio al entendimiento común”* (sic, CS, 23.12.1992, ‘Kasdorf SA. c. Provincia de Jujuy s/ daños y perjuicios’, Fallos 315:2999). Repite este principio en el fallo ‘F.A.L.’ que cito luego.

MAG. VOTANTES: Barra, Fayt, Nazareno, Cavagna Martínez, Boggiano, Levene, Petracchi, Moliné O'Connor

sido víctima de un delito. La Corte federal argentina, recientemente, ha tomado partido por la solución de la ley penal, añadiendo que las circunstancias que determinan su aplicación no requieren un previo pronunciamiento judicial²⁵. 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).

Con relación a la FIV, la Corte IDH cita algunos casos resueltos por el TEDH, haciendo constar que, en general, se pronuncia a favor de dar a los Estados partes de la Convención Europea, en ausencia de un consenso de esos estados sobre “*la definición científica y legal del inicio a la vida*” (sic), cierto margen de apreciación; en el caso británico, el derecho a la vida del embrión no tendría cabida en el art. 2 de la CEDH; la Gran Cámara del TEDH así lo afirmó en el caso que se cita (‘Evans c. Reino Unido’).

A partir del párr. 246 de la sentencia, la Corte IDH desarrolla una interpretación ‘evolutiva’ del art. 4 de la CADH, habida cuenta que al tiempo de su redacción la FIV era desconocida. En el párr. 248 cita las conclusiones del TEDH sobre la aplicación del Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa, que en su artículo 18 dispone: “*Experimentación con embriones in vitro: 1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación*” (sic). Hay allí una expresa referencia a la ley, lo que supone poner a salvo la legislación interna de los países de la Comunidad. Sostiene que la Corte de Justicia, con relación a una cuestión sobre patentes de embriones según una directiva comunitaria, sólo permitió la relativa a fines terapéuticos o de diagnóstico y que no era admisible con fines comerciales o industriales, pero afirma que “*ni la directiva, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas ‘personas’ o que tengan un derecho subjetivo a la vida*” (sic, párr. 249). Para abreviar, sobre la interpretación evolutiva de la Corte IDH, desde que un examen particularizado excedería con creces el espacio admitido para este trabajo, recuerda que el TEDH, en el ‘Caso S.H. y otros Vs. Austria’, consideró *permisible la prohibición* de practicar la FIV con óvulos y espermatozoides donados por terceros; cita el caso ‘Roche c. Roche’, resuelto por la Corte Suprema de Irlanda (2009), en que concluyó que los supuestos de embriones concebidos in vitro no se aplica al concepto de ‘niño por nacer’ y no están protegidos por el derecho a la vida que se le reconoce a los niños por nacer.

²⁵ CS, 11.10.2012, ‘Pro Familia Asociación civil c. GBCA’, eDial.com - AA7A13, del 12.10.2012; remite al fallo anterior, del 13.3.2012, sosteniendo que “*...además, frente a lo decidido por esta Corte sobre la base de la interpretación de textos constitucionales e infraconstitucionales en la sentencia dictada en la causa F.259. XLVI ‘F .A. L. s/ medida autosatisfactiva’, sentencia del 13 de marzo de 2012 (voto de la mayoría), la medida que se adoptara es la demostración más concluyente del modo en que ha de realizarse por los poderes judiciales de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la exhortación dada por el Tribunal para que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles*” (sic).

Refiere luego a pronunciamientos de cortes supremas, incluyendo la dictada por la Corte federal argentina en el caso ‘F., A. L. s. Medida autosatisfactiva’, sentencia de 13 de marzo de 2012, considerando 10, para sostener que los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que cita (Declaración ADyDH, PIDCP y Convención ADH) no tuvieron la intención de excluir supuestos de aborto como el del art. 86, inc. 2, del Código Penal, al que se refiere expresamente, que es un supuesto de violación. Al respecto, nuestra Corte federal, concluye que “*Por lo tanto, resulta claro que, no es posible derivar de este tratado [se refiere al art. 6 del PIDCP] un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria*” (sic, cons. 12)²⁶. Insisto en que se trata de opciones acordadas por la ley penal para justificar el sacrificio de una vida latente, a favor de otra puesta en riesgo por el delito. La Corte federal argentina admite que “*la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida*” del *naciturus* (sic, cons. 11, *in fine*). Conforme al considerando 15 del fallo en ‘F.A.L.’ de la Corte federal, sería contrario a los principios de igualdad y no discriminación, excluir de la exoneración del aborto no punible a la mujer violada que no presentara deficiencia mental. Pero el caso resuelto por la Corte IDH es, sustancialmente, distinto, pues los opuestos son los derechos a la salud reproductiva, a la planificación familiar y a gozar de los adelantos científicos, frente a los derechos a la protección de la vida de los embriones humanos. En el considerando 27, la Corte federal sostiene que la víctima de la violación no requiere, para exigir la interrupción del embarazo, ninguna denuncia ni prueba de la violación, bastando una declaración jurada al efecto; sostiene la Corte que ello es así en razón de que la norma aplicable no impone obligación alguna al respecto; cuestión que habilitaría incertidumbre en el profesional médico, obligado a admitir la veracidad de la declaración²⁷.

Cabe destacar, que el voto separado de la juez Argibay, indica como de exclusiva competencia legislativa determinar cómo se resuelve el conflicto de intereses en pugna, imponiendo que sea proporcional y dentro de un contexto fáctico preciso, por lo que la cuestión no admite la injerencia judicial. En sus palabras, el dilema ha sido resuelto en función de “*la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo*

²⁶ El caso se origina en una medida autosatisfactiva iniciada por la madre de una menor de 15 años, que fue violada por el compañero de aquélla; según las pericias psicológicas, resultaba intolerable para la niña aceptar que su hijo por nacer lo fuera del padre de sus hermanos, y que el hecho había puesto en grave riesgo su integridad psicológica e, incluso, su vida, con lo que aparecía tipificado en el inc. 1, del art. 86, CP. La petición fue desestimada en las instancias ordinarias de los tribunales de familia y acogida por el Superior Tribunal de Justicia, quien sostuvo que el caso se ajustaba a la previsión del art. 86, inc. 2, primera parte, CP; que el aborto no era punible y que no requería autorización judicial. El decisorio fue recurrido en vía extraordinaria por el Defensor General; la práctica abortiva se hizo efectiva el 10 de marzo de 2012; el fallo de la Corte se dictó el 13 de marzo del mismo año.

²⁷ Sigue con ello los criterios expuestos por la Organización Mundial de la Salud, en “Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud”, OMS, 2003. La Corte federal, en un precedente inhabitual, encomienda, exhorta o ‘aconseja’ a las autoridades nacionales y a los gobiernos locales la implementación de medidas para hacer de fácil aplicación las intervenciones requeridas. El voto disidente del juez Petracchi tiene sustento en cuestiones formales, propias del recurso extraordinario, en cuanto el apelante no relaciona adecuadamente sus agravios frente a una norma de derecho común que no ha sido imputada de inconstitucional.

de cargar con el deber de solidaridad (vgr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena)” (sic, cons. 14 de su voto). Concluye en que: “En este sentido, debe quedar en claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante” (sic).

3. La cuestión en el Proyecto de Código Civil unificado. Ya me he referido a que distintos tribunales, americanos y europeos, se han mostrado incompetentes para decidir acerca del comienzo de la vida humana (ver nota 283, de la sentencia de la Corte IDH). Nuestro CC vigente y la conclusión del Codificador, han definido normativamente que el comienzo de la vida humana se produce con la fecundación, y que la Corte federal, en el caso ‘Portal de Belén’, ha mantenido el criterio del legislador. Pero en el ACC, se ha adoptado una posición contraria a esa normativa e interpretación del derecho constitucional a la vida, estableciendo que el embrión obtenido por medio de fertilización asistida sólo es considerado como persona por nacer luego de haber sido implantado en el seno materno. El art. 19, ACC, lo expone en estos términos: “**Comienzo de la existencia.** La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida” (sic). El ACC no especifica cuál ha de ser la inteligencia del término ‘concepción’, aunque cabe presumir que se refiere a la unión de los gametos, según he explicitado antes; ello, porque en el caso del embrión obtenido mediante técnicas de fertilización asistida, será el momento de la implantación del embrión en el útero femenino el inicio de su existencia. En tanto, el embrión obtenido, cualesquiera sea su origen (fecundación homóloga o heterógama), tiene el estatus de ‘cosa’, pues no existe un tercer género que pueda serle atribuido según el derecho sustantivo. La adopción de este criterio se encuentra en sintonía con el fallo de la Corte IDH en comentario²⁸, apartándose de la posición tradicional del derecho positivo argentino, según he puesto de manifiesto. Una vez implantado, el embrión obtenido por técnicas de fertilización asistida tendrá el mismo estatus jurídico que el concebido en el seno materno, encontrándose a ese respecto

²⁸ En el párr. 256 del fallo en comentario, la Corte IDH dice: “La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada 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).

previsiones normativas en el ACC, en las que se le reconoce capacidad para la adquisición de ciertos derechos y se mantiene el criterio del nacimiento con vida para la consolidación definitiva de los así adquiridos²⁹. El art. 2279, ACC, establece que “*Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento*” (sic). El art. 101, ACC, acuerda la representación de las personas por nacer a sus padres. El art. 1549, ACC, establece que “*Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si el donante fuese el representante legal, se designa un tutor especial. Si la donación es con cargo, se requiere autorización judicial*” (sic). En el título V, del Libro II, ‘De las relaciones de familia’, se regula en seis capítulos sucesivos distintos supuestos de nacimientos y de legitimación de hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida; hay un principio general en el art. 560, ACC, que impone el previo consentimiento informado y libre de quienes han de someterse al tratamiento, incluyendo al supuesto de maternidad subrogada; el consentimiento debe protocolizarse ante escribano público e inscribirse en el Registro del Estado Civil; son ‘padres’ del nacido, el hombre o la mujer que hayan prestado el consentimiento previo (art. 561, ACC). En el supuesto de gestación por sustitución, el niño nacido queda ligado a los ‘comitentes’ que han prestado el consentimiento previo, que debe ser homologado por autoridad judicial; entre otros requisitos, donde el primero apunta ‘al interés superior del niño’, al menos uno de los comitentes debe haber aportado sus gametos y, aparentemente, ambos, deben estar imposibilitados de concebir, lo que parece referirse a la mujer, que es quien ‘concibe’ pues el hombre ‘engendra’ o ‘fecunda’ (art. 562, inc. d); la gestante no debe haber aportado sus gametos. Se exige previo a la transferencia del embrión en la gestante, la autorización judicial; en su ausencia la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza (arts. 562, *in fine*, 565, 558 y 2631, ACC). El art. 563, prevé que la implantación del embrión pueda ser hecha después de la muerte del aportante del gameto o del embrión producido con él, si se ha hecho constar en el instrumento de consentimiento o así se dispone por testamento (art. 563, inc. a); la concepción o la implantación deben ser hechas dentro del año siguiente al fallecimiento. Ello significa que se puede tener un hijo póstumo por testamento (el art. 248, inc. 3º, CC argentino, prevé el reconocimiento de hijos por manifestaciones de última voluntad), todo lo cual requerirá compatibilizar las disposiciones de la ley 23.264 (art. 2) con la eventual nulidad del testamento a que alude Vélez Sarsfield en la nota al Título VI, sobre la nulidad de los actos jurídicos, y la previsión del art. 3529, CC argentino (el hijo póstumo anula la partición), desde que haya herederos postergados por el nacido luego de la muerte del causante. El

²⁹ Art. 21, ACC: “*Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume*” (sic).

estudio de todas estas cuestiones excede el propósito y objeto de este trabajo. No advierto en el articulado del ACC, disposiciones relativa a la titularidad del ‘derecho sobre el embrión’ no implantado que, obviamente, al no ser considerado persona, es ‘cosa’; de todos modos, se exige el consentimiento de los aportantes de los gametos y de los ‘comitentes’, como en el supuesto de la maternidad subrogada.

En nota de opinión, publicada el 27 de diciembre de 2012, en la página 27 del diario ‘Clarín’ de Buenos Aires, la distinguida jurista y miembro de la Comisión Redactora del ACC, doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, dice que el proyecto “*no intenta brindar respuesta a los ‘problemas que plantean los embriones humanos’*” (sic, primera columna, punto 1). Dice que la función de un Código Civil es “*establecer desde cuando comienza jurídicamente la persona*” (sic) y que lo relativo a la regulación de los embriones no implantados corresponde a la ley especial. Sostiene que la previsión del art. 19, ACC, respeta la igualdad, “*pues el punto de arranque es el embarazo*” (sic), lo que supone aceptar que la vida humana no se inicia en la concepción, sino en la implantación. Esta afirmación, que se acompaña con la mención del ‘histórico’ fallo de la Corte IDH, objeto de este comentario, no tiene sustento constitucional a tenor de la doctrina elaborada por la Corte federal en ‘Portal de Belén’. El Código Civil, que no es otra cosa que una ley del Congreso (el CC argentino vigente es la ley 340), no puede establecer principios contrarios a los contenidos en la Constitución Nacional, según la interpretación del tribunal a quien ella misma concede dicho contralor (principal misión de la Corte federal, como he recordado antes). Por tanto, la propuesta de no considerar ‘persona’, con los efectos jurídicos propios, al ser humano (incipiente, pero vida humana), resulta, a la luz de aquella doctrina federal, contraria a la Constitución Nacional. Por lo demás, con arreglo a la investigación del origen biológico del nacido, hay una contradicción con el texto y propósito del proyecto, por cuanto se asegura al donante ‘confidencialidad’, lo que contradice la posibilidad de investigar el origen biológico. El art. 8.1, de la CDN, compromete a los Estados parte a “*respetar el derecho del niño a preservar su identidad*” (sic). En opinión de la Comisión IDH, expuesta en el caso ‘Fornerón e hija c. Argentina’³⁰, resuelto por la Corte IDH, “*Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad*” (sic, párr.. 113). En el párr.. 119 del fallo, la Corte IDH dice que “*...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. En consecuencia, a falta de uno*

³⁰ Corte IDH, sentencia del 27 de abril de 2012, Fondo, reparaciones y costas.

de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos” (sic)³¹. Esta conclusión, en la que se cita también la OC 17/02, pone también en tela de juicio la validez constitucional del texto proyectado, en tanto veda, en función de la alegada ‘confidencialidad’, el derecho del nacido a conocer su identidad biológica. Debe recordarse que, con arreglo al art. 2 de la Convención ADH, los Estados parte se obligan a adecuar su derecho interno a las declaraciones de la Convención, con lo que el texto proyectado no pasaría, tampoco, el control de ‘convencionalidad’. Así, el art. 575, apartado segundo, del ACC, establece que en el caso de aportes de gametos de terceros “no se genera vínculo jurídico alguno” con el nacido; los arts. 577 (prohíbe la demanda de impugnación de la filiación), 582, 589, 591, 592, 593, impiden las reclamaciones en supuestos de mediar técnicas de reproducción asistida. Por fin, la afirmación de la ilustre jurista mendocina de que el ACC aporta soluciones reclamadas por la sociedad, ‘sin fundamentalismos’, no confiere justificación suficiente al sacrificio de seres humanos (los embriones) cuando los derechos en pugna no son equivalentes; que el derecho a la vida no sea absoluto, cualesquiera sea el estado de su desarrollo, no implica que pueda ser suplantado por otro u otros que, sin desmerecer la necesidad de su protección, imponga, por razón de criterios de necesidad u oportunidad de la sociedad en un determinado tiempo histórico, su derogación. La dignidad de la vida humana está en el punto más alto de la escala de valores; la ‘personalidad’ (constitutiva de la personalidad jurídica, fuere o no reconocida por el ordenamiento, desde que es anterior a toda previsión legislativa) es inherente a la vida humana; persona y vida humana se confunden en un unívoco concepto, que es el hombre, eje y fin del Derecho. Es verdad que el derecho a conocer del nacido “no es el único en juego” (sic, del artículo citado); pero el derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana está antes que toda consideración sobre los derechos invocados (la salud reproductiva, la formación de una familia, a la intimidad familiar, el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia). Y no me parece tampoco aceptable la afirmación de la prestigiosa jurista –aunque ella hace referencia a los hijos de desaparecidos–, que en el nacido por TFA “haya sólo un dato genético y no una historia a recuperar” (sic, de la nota citada), pues la determinación de la familia biológica conecta al nacido, en su presente oscuro, con la verdad de su historia familiar. Y éste, es otro de los derechos que los fallos recién citados de la Corte IDH, resultan de importancia fundamental. Como dijo el juez Petracchi en la causa ‘Muller’, “el derecho a conocer la identidad de origen opera en un nivel superior, de rango constitucional, que trasciende lo concerniente al ‘estado de familia’” (sic)³².

³¹ En un fallo anterior, caso ‘Contreras c. El Salvador’, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C, No. 232, párrafo 123. la Corte IDH había dicho que “la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentada ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niñas y niños, entraña una importancia especial durante la niñez”.

³² CS, 13.11.1990, ‘Muller, Jorge s/ denuncia’, Fallos 313:1113; que lo incluye en las garantías implícitas del art. 33, CN.

Conocer la identidad es un derecho personalísimo del individuo, que no puede ser impuesto ni, menos, impedido, por ley o magistrado alguno³³. En otro voto del juez Maqueda, se dice: *“La verdad biológica no es un dato absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos consolidados en los primeros años de vida es un dato con contenido axiológico cuando se trata de resolver el alcance del interés superior del menor. Ello, claro está, respetando el derecho de aquel a conocer y preservar su identidad”* (sic)³⁴.

La ‘confidencialidad’ del donante, que no es absoluta pues se permite a los fines de determinar la existencia de posibles enfermedades y de los impedimentos matrimoniales, se contrapone al derecho fundamental de toda persona de conocer su identidad de origen.

4. Algunas perplejidades que expone el fallo. Además de las ya apuntadas, la cuestión de la ‘proporcionalidad’, que da justificación al sacrificio de un interés a favor de otro que, legalmente, se juzga ‘superior’, es una de las que me suscita mayor estupor. Admito que la infertilidad se juzga como una enfermedad y que el derecho a la salud, y a la salud reproductiva, tiene amparo constitucional y legal; no sostengo aquí, ni lo he afirmado en los trabajos anteriores, que las TFA, como la FIV, deban ser ‘prohibidas’ de plano; ni tan siquiera la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica, que motivó el fallo en comentario, la prohibió; sólo dijo que en el estado actual de la ciencia el sacrificio de embriones generaba la afectación del derecho constitucional a la vida. Y pienso que tiene razón; he criticado antes, en los artículos indicados, la ‘disposición’ de los embriones supernumerarios, en tanto ello implica la ‘cosificación’ del ser humano y un atentado a la vida. La Corte IDH, en el fallo en cuestión, sostiene que la estimación para 2008 indica la práctica de 1.600.000 fertilizaciones asistidas, de las que han nacido 400.000 personas. Si a ello se suma que, en cada procedimiento, se utilizan y disponen de no menos de tres embriones, se tendrá una idea del grado de afectación de la vida, lo que se contrapone con la ‘proporcionalidad’ que se alega. En el párr. 311 del fallo, la Corte IDH dice: *“la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito*

³³ CS, 30.09.2003, ‘Vázquez Ferrá, Evelin K. s/incidente de apelación’, voto disidente del juez Maqueda. La mayoría dijo: *“El Estado no puede obligar a una persona mayor de edad y capaz que no quiere conocer su verdadera identidad a investigarla...”* (sic).

³⁴

CS, 13.03.2007, ‘A., F. s/protección de persona’. Véase también el voto del juez Fayt en la causa CS, 17.04.2007, ‘Antinao, Celia c. Di Cristóforo, Marcelo Ariel Dapuetto, Gabriela Noemí s/incidente de restitución en autos: ‘Antinao, J. A. s/ sumario’ (501/2003). CS, 19.02.2008, ‘Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/guarda preadoptiva: *“Corresponde destacar el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores; es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación”* (sic, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema). CS, 01.11.1999, ‘D. de P. V., A. c. O., C. H. s/ impugnación de paternidad’, Fallos 322:2702: *“La reforma de la ley 23264 tuvo como consideración primordial el valor que apreció como el más beneficioso para el hijo, esto es, el conocimiento de su identidad biológica permitiéndole el desplazamiento, en todo tiempo, de una filiación no acorde con el lazo biológico, superando incluso los límites éticos”* (sic).

Zegers-Hochschild según el cual “[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]”. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es **contribuir con la creación de vida** (supra párr. 66)” (sic, énfasis añadido). El principio llamado de proporcionalidad, especie del de razonabilidad en la actuación del Estado frente a los particulares, permite determinar si aquella constituye el medio más adecuado para convalidar, permitir o alentar un determinado fin, de modo que la injerencia estatal no resulte legal o constitucionalmente arbitraria³⁵. Los autores que cito en la nota precedente, luego de reiterar que el principio de proporcionalidad fue acuñado por el Tribunal Constitucional Federal alemán con el propósito de limitar la actuación del poder de policía estatal, expresan que “la proporcionalidad es antes que todo un mecanismo de control del poder o, lo que es lo mismo, es un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita. Y no lo será, si en la práctica ella se traduce en la anulación o derogación del derecho o libertad de que se trate” (sic)³⁶. Si el derecho a la salud, a la intimidad familiar y los restantes citados en el fallo en comentario, son ‘preferidos’ frente al derecho a la vida que, con énfasis, se ha sostenido en la mayoría de las constituciones latino americanas y en sus códigos civiles, conlleva la anulación de ese derecho fundamental cuando se trata de la vida extrauterina del embrión humano, la ‘proporcionalidad’ no resulta útil a la defensa del derecho sacrificado. La Corte federal argentina ha hecho aplicación del principio, aunque no advierto su desarrollo específico, cuando, por ejemplo, ha declarado la inconstitucionalidad del decreto 1570/01, en tanto no exhibía ‘razonabilidad’ entre el medio adoptado y el fin propuesto ya que no solucionaba la crisis que se pretendía abordar, y “no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento”³⁷. Lo ha aplicado en relación a la determinación de las penas³⁸; frente a actos de la

³⁵ Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay, Francisco Zúñiga Urbina, indican el origen de este principio en los siguientes términos: “Desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) desarrolló el concepto de la proporcionalidad con estrecha referencia a la naturaleza de los derechos fundamentales y al estado de derecho. De acuerdo al TCF “se trata de un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del estado de derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos” (sic, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, p. 68, <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf>).

³⁶ Arnold y otros, op. cit., p. 86, punto III, *in fine*.

³⁷ CS, 01.02.2002, ‘Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio v. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”.

³⁸

CS, 14.05.1991, ‘Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas /causa n° 6491’, Fallos 314:424: “El principio de la proporcionalidad de la pena opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes” (sic); CN de Casación Penal, 2.06.2011, ‘Noble Herrera, Marcela y otro s. Recurso de casación’, donde se aplicó el principio estableciendo que la injerencia

Administración, como “*proporcionalidad del acto respecto de la finalidad propuesta en la ley*” (sic)³⁹; en el control de razonabilidad de la declaración del estado de sitio⁴⁰; en materia laboral, para desestimar la sanción que no guarda relación con los actos cuestionados⁴¹; y en otros supuestos, como en el fallo dado en ‘F.A.L.’, en que encontró justificación en la decisión legislativa del art. 86, CP, de preferir el derecho de la madre frente al de la vida del hijo concebido, producto de una violación.

La Corte federal deberá pronunciarse sobre la cuestión en análisis, a la luz de los valores estatuidos en la CN y en su propia jurisprudencia, sin que influya en su decisión las conclusiones de la Corte IDH, a cuyo respecto ha dicho que han de servir de guía para la interpretación de los derechos que la Convención ADH y otros instrumentos internacionales que componen la supremacía jurídica, los que no pueden aniquilar los que el derecho interno ha reconocido en mayor latitud. En tanto, afirmaciones de la Corte IDH como la transcripta en el párr. 311, ‘contribuir con la creación de vida’ cercenando vidas humanas, justifica con creces el título de este trabajo. De algún modo, implica sustituir el análisis objetivo sobre los contenidos y límites de los derechos fundamentales, tras una opinión subjetiva que aparece como predeterminada a favorecer cierta conducta, lo que conlleva a la conclusión de aniquilar un derecho a favor de otro u otros. Ya no se trata sólo de privar de ‘personalidad’ al embrión, sino de desconocer su dignidad de ‘vida humana’, la que ha sido protegida por la totalidad de la legislación americana investigada. Nadie desconoce el derecho a la maternidad ni a la planificación de la familia; ni tampoco se trata de impedir a quien, por disposición de la Naturaleza o su propia condición orgánica, ha sido privada de la facultad de concebir, que acceda a los beneficios de la ciencia y del desarrollo tecnológico; se trata de que ningún derecho es absoluto y en el reconocimiento de uno, no puede resultar aniquilado otro. Como dicen los autores citados, invocando a Carlos Isler Soto, “*una acción que por sí misma atenta contra algo intrínsecamente valioso es imposible que sea buena*”⁴². De allí se sigue que la ausencia de una elaboración dogmática precisa del principio de proporcionalidad, impida invocarlo –y aplicarlo- con evidente ligereza para asegurar, en protección desmedida, la satisfacción de derechos sobre la aniquilación de uno, de singular valía, como es el de respetar la vida humana en su excelsa dignidad. Cuando la Corte IDH, en su párr. 222, analiza el significado de la palabra ‘persona’ y los derechos que a ella se refiere en la Convención ADH y en la Declaración Americana, concluye en que “*no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos*”⁴².
debía justificar su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

³⁹ CS, 08.06.1993, ‘Productos La Vascongada S.A. s/ ley 11683’, *Fallos* 316:1163; CS, 08.06.1993, ‘Godoy, Roberto Carlos s/ ley 11683’, *Fallos* 316:1223.

⁴⁰ CS, 1982, ‘Urteaga, Facundo Raúl’, *Fallos* 304:1098.

⁴¹ CNTrab, sala I, 23.02.2006, ‘Aguilera, Haydee Guadalupe c. Asociación Escuelas Italianas s. Despido’.

⁴² “Una crítica finnisiana al principio de proporcionalidad”, cit. por Arnold y otros, op. cit., p. 84.

consagrados en cada uno de dichos artículos” (sic); pero omite referirse al principal y más importante de todos: el derecho del embrión a su propia vida. Sostiene, como ya he dicho, que la protección del embrión se hace a través de la protección de la madre.

5. Conclusiones. Uno de los argumentos de la Corte IDH, al desestimar la inconstitucionalidad propiciada por la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica, radica en que *“la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos”* (sic, del resumen oficial). Al prohibir la práctica de la FIV con salvaguarda de los embriones, Costa Rica habría impedido a los peticionarios ejercer su derecho de autonomía individual para decidir acerca de sus derechos a la salud reproductiva y de planificación familiar⁴³. Salvadas las distancias, pero con invocación del derecho a la vida, recuerdo lo resuelto por la Corte federal argentina en el caso de la crotoxina, en que se intentó obligar a un laboratorio a producir la droga que se esperaba tuviere efectos positivos contra el mal contra el que se luchaba. Dijo allí la Corte federal, en uso aparente del principio de proporcionalidad, que *“Por no encontrarse observado uno de los recaudos -necesidad, insustituibilidad y eficacia del tratamiento- que, supuesto el derecho a la vida, condicionaría inexcusablemente su invocación legítima, debe confirmarse la sentencia que rechazó el amparo tendiente a que se suministre el complejo Crotoxina A y B, sin que ello implique negar sus eventuales propiedades antineoplásicas que puedan ser demostradas científicamente en el futuro, ya que según los motivos puestos de manifiesto por el órgano legalmente autorizado, dicha sustancia no provoca, aquí y ahora, tales efectos y, salvo que se acredite inequívocamente la inexactitud de esos fundamentos, los jueces deben atenerse a ellos”* (sic)⁴⁴.

Observo que el ACC contiene disposiciones bastante precisas sobre las relaciones familiares creadas a partir de las técnicas de reproducción asistida, más no advierto ninguna referencia o prohibición a la clonación en seres humanos. De aceptarse, sin excepciones, que el embrión no implantado no es persona, sino que es cosa, no advierto la ilicitud, en términos de prohibición jurídica normativa, de la clonación de seres humanos sobre la base de la utilización de células estaminales obtenidas de la médula ósea de un adulto; no habría allí sacrificio de embriones sino, en todo caso, una ‘reproducción’ idéntica de un ser humano preexistente. El ser humano así formado, sería una persona, distinta y con todos los atributos que el derecho le reconoce, aún cuando fuera idéntico a aquel que le dio origen.

43

Corte IDH, párr. 316: *“la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia”* (sic).

⁴⁴ CS, 27.01.1987, ‘Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional /Ministerio de Salud y Acción Social’, Fallos 310:112.

*Abogado (UCCórdoba). Especialista en Derecho de Daños (UBelgrano). Magister en Derecho Privado (UPalermo). Doctorando en Derecho Privado (UCES yUSalamanca). Ex juez civil y comercial. Profesor Ord. Adj. de Derecho Comercial (Fac. Cs. Econ., UNP’SJB’, Comodoro Rivadavia, Chubut).

Se ha dicho con razón, que la realidad supera todas las fronteras de la imaginación humana; el conocimiento científico se potencia día a día y los viejos cartabones de la moral tradicional y las reglas y principios del derecho son puestas en crisis por las apetencias humanas, a menudo racionales y justas. La prudencia de los jueces y la ponderación de los derechos, en sus contenidos y sus límites, es el modo con que el Estado de Derecho en una sociedad democrática debe resolver los conflictos que suscitan los derechos fundamentales, sin olvidar que los deberes morales sustentan los deberes jurídicos; como dice el Preámbulo de la Declaración Americana de 1948, *“la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura”*; *“el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”*.

Para quienes entendemos que el embrión es persona y vida humana, digna de reconocimiento y protección, resulta paradójico que la Corte IDH cohoneste, con pretensión de proporcionalidad, que para dar nacimiento a 400.000 personas, según previsiones del año 2008, se hayan aniquilado no menos de 1.200.000 seres humanos, número de las prácticas fallidas de la FIV; ha de recordarse que en cada procedimiento se utilizan no menos de tres embriones. Se habría cometido, así, el genocidio más grande de este incipiente siglo, donde paradojas como esta nos dejan perplejos.-

Córdoba, 14 de enero de 2012.