

**Arias de Ronchietto, Catalina E. ; Lafferrière, Jorge Nicolás**

*La persona por nacer*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Arias de Ronchietto, C. E., Lafferrière, J. N. (2012). La persona por nacer [en línea]. En *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/persona-por-nacer-ronchietto-lafferriere.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

## LA PERSONA POR NACER

CATALINA E. ARIAS DE RONCHIETTO Y JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

### 1. Persona humana

El libro I comienza con un Título I dedicado a la “Persona Humana”, que se abre con un Capítulo 1 referido al “Comienzo de la existencia”.

El Proyecto de Código Civil elimina el actual art. 30 CC que contiene la conocida definición de persona: “*son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones*”. Terminológicamente recurre a la expresión “persona humana” para hablar de las “personas físicas o de existencia visible” del CC.

A su vez, también se elimina el art. 51 CC que contiene una definición amplia de persona física, que incluye a todos los seres humanos: “*todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”.

En este punto se sigue al proyecto de 1998 de manera explícita, pues se afirma en los fundamentos: “El libro primero se abre con la regulación de la persona humana; ella es, conforme a la doctrina judicial de la Corte Federal, la figura central del Derecho. En seguimiento del Proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este proyecto, se utiliza la denominación “persona humana” y se elimina la definición del artículo 30 del código civil vigente”.

A su vez, el Proyecto de 1998 decía en sus fundamentos: “no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin”.

### 2. El comienzo de la existencia de la persona

El capítulo 1 del Título I, del Libro I, está dedicado al comienzo de la existencia de la persona y consta de 3 artículos: 19 (comienzo de la existencia de la persona), 20 (duración del embarazo) y 21 (nacimiento con vida).

*“ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.*

El artículo proyectado reproduce parcialmente las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield que hablan de “la concepción en el seno materno” (artículos 63 y 70), aunque con una sustancial modificación que parece responder a las situaciones impuestas por las biotecnologías procreativas, que suscita concretos y, consideramos, trascendentes interrogantes.

El Proyecto propone dos momentos para el comienzo de la existencia de la persona según haya sido el origen de la vida humana: si el embrión se ha formado por técnicas de reproducción humana asistida, se toma como momento inicial la “implantación”; mientras que si se trata de una procreación por la unión de varón y mujer, se toma como punto de partida la concepción. A su vez, se hace una remisión a una ley especial “para la protección del embrión no implantado”.

En la primera versión de los fundamentos del anteproyecto se afirmaba: “La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno”. En la versión final, se modificaron los fundamentos, de tal modo que la redacción elevada al Senado de la Nación sostiene: “Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el proyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el proyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia”.

Algunas breves observaciones sobre los fundamentos son las siguientes:

- La mención del Proyecto de 1998 lleva a confusión, pues justamente el Proyecto en comentario no ha seguido uno de los puntos centrales del Proyecto de 1998 en torno a la persona, cual era la clara definición afirmando el inicio de la vida en la concepción.
- Resulta insuficiente y débil fundamento sostener que se niega la personalidad al embrión por el hecho de que no tenga posibilidad de desarrollo pleno fuera del seno materno. El embrión logra desarrollo por sí solo fuera del seno materno durante varios días, como lo atestiguan audaces y parciales experimentos que se realizan in vitro.
- Por otro lado, un recién nacido abandonado de todo auxilio por sus progenitores tampoco podría sobrevivir, y como es obvio, no podría dudarse de su condición humana ni de su plena personalidad.
- No aclaran nada los fundamentos sobre qué es el embrión no implantado.
- No consideran todas las normas constitucionales, de tratados internacionales y legislación, e incluso de derecho público provincial, junto con fallos judiciales, que consideran a la concepción como momento inicial de la vida humana.
- Se apartan de la tendencia mayoritaria de la doctrina civilista que se pronunciaba por afirmar simplemente que comienza la existencia de la persona desde la concepción.
- La afirmación de que esta regulación de la persona es solo a los fines del ordenamiento civil es contradictoria con otras disposiciones del propio texto del proyecto y de sus fundamentos. En efecto, al inicio de los fundamentos se sostiene: “Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Proyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de

constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

- Pues bien, queda claro que tal “comunidad de principios” se quiebra justamente en el punto más fundamental y decisivo de todo el sistema de derechos cual es el pleno reconocimiento de la personalidad del ser humano desde la concepción.
- Pretender limitar los alcances del Código Civil en el reconocimiento de la persona, con específica remisión a la problemática penal, parece una actitud calculadora y especulativa, contraria a la idea de ampliación de derechos que debería imperar en un tema tan sensible.

Mientras que la primera frase del art. 19 del Proyecto reafirma el reconocimiento de la personalidad humana desde la concepción, en línea con la tradición jurídica argentina, la segunda frase introduce una irrazonable y arbitraria distinción entre los concebidos humanos, que lleva a una desprotección a los embriones humanos –hijos, hermanos y pacientes- no transferidos.

La mención a una ley de “protección” de los embriones no implantados es insuficiente, pues debería reconocerse plenamente la personalidad de esos embriones sin distinción alguna. En ningún lugar se prohíbe la destrucción de los embriones, ni la concepción de embriones con fines comerciales o biotecnológicos. Por otra parte, si tenemos en cuenta los proyectos de ley existentes actualmente en el Congreso de la Nación sobre fecundación artificial, constatamos que ninguno de ellos contiene protecciones especiales para los embriones no implantados.

La mayoría de la doctrina civilista en nuestro país coincide en interpretar los artículos 70 y 63 del Código Civil vigente en el sentido que: “...en nuestro derecho positivo se es persona desde el momento de la concepción sin que incida sobre ello que esta se haya producido en el seno materno o fuera de él”<sup>1</sup>. Varios argumentos se utilizan para ello:

- una apelación al momento histórico en que fue redactado el Código Civil, de tal modo que difícilmente el Codificador podía imaginar la posibilidad de concebir seres humanos fuera del cuerpo materno;
- una interpretación armónica y sistemática del Código Civil, integrando otras normas, como el artículo 264 CC, que habla de la patria potestad y que señala que la misma comienza desde la concepción, sin especificar lugar;
- una interpretación de carácter ontológico, a partir de la definición de persona física brindada por el artículo 51 CC, entendiendo que el embrión fuera del seno materno posee “signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”, entre ellos un código genético propio;
- una interpretación del art. 51 CC en el sentido que el “lugar” de la concepción era un mero “accidente” y que por tanto no podía tener incidencia en la definición de la persona física o de existencia visible;

1. Cfr. Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, 3ra. edición actualizada, Tomo I, p. 380, quien refiere a la mayoría doctrinaria que se pronunció en el mismo sentido durante las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizaron en 2003 en la Ciudad de Rosario. Ver también Tobías, José W. “Persona”, en *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp.1-22, entre muchos otros autores.

- una interpretación constitucional, que toma en cuenta las disposiciones de los Tratados Internacionales más importantes en la materia y que establecen que todos los seres humanos tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad (Declaración Universal de Derechos Humanos); que persona es todo ser humano y lo es desde la concepción (artículos 1 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y que "...se entiende por niño a todo ser humano desde su concepción hasta los 18 años" (Declaración Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, según la ley 23.849).
- una interpretación que integra otras normas jurídicas, como las leyes sobre asignaciones familiares (24.714 – artículo 9) o a la ley de prestaciones para personas con discapacidad (24.901 – artículo 14), o el expreso y específico reconocimiento de las Constituciones Provinciales Argentinas. También, lo corroboran otras normas de diverso rango.
- una interpretación jurisprudencial que en diversos fallos ha reconocido el estatuto de persona al embrión concebido extracorpóreamente.

El Código Civil Argentino vigente brinda amplias garantías humanistas en la extensión del reconocimiento de la personalidad del embrión y se inscribe en una tradición jurídica que se remonta al derecho romano, donde se había acuñado el adagio: *nasciturus pro iam nato habetur (al por nacer se lo tiene por nacido)*, citado por Vélez Sarsfield en la nota al artículo 63 del Código Civil.

Con estos y otros antecedentes de derecho público y provincial, también del derecho comparado, se podría decir que se esperaba una reforma que simplificase la cuestión, estableciendo que la existencia de la persona comienza desde la concepción, sin indicar lugar.<sup>2</sup>

Hay que señalar que los embriones no implantados se han convertido en codiciado material biológico por un conjunto de factores entre los cuales se destacan:

- El surgimiento de un mercado reproductivo que no se limita a la dación de gametos sino que abarca también a los embriones;
- La importación y exportación de embriones humanos, tema de creciente regulación en el mundo como lo demuestra la ley alemana de 2002 y los Lineamientos de los *National Institutes of Health* de los Estados Unidos de julio de 2009;
- La concepción de embriones con fines comerciales o de investigación biotecnológica;
- La utilización para fines comerciales o biotecnológicos de los embriones sobrantes, congelados y abandonados, o bien destinados a esos fines por quienes encargaron su concepción;
- La patentabilidad de embriones, tema sobre el cual se tiene en Europa una postura marcadamente prohibitiva, mientras que Estados Unidos presenta una posición permisiva aunque monopólica (caso WARF);
- Los estudios genéticos que permiten predecir enfermedades y la consiguiente presión de obras sociales y empresas de medicina prepaga para la selección de embriones "aptos" y el consiguiente descarte de los embriones "sobrantes", con presión adicional sobre médicos y profesionales de la salud;
- Los intentos de selección genética de las características deseadas de la descendencia, a través de la selección de gametos o bien de la selección de embriones que reúnan ciertas condiciones genéticas buscadas por los que encargan la técnica.

Como se advierte de la enunciación anterior, un conjunto de factores –que no se limitan a los problemas de infertilidad y de técnicas de fecundación artificial- llevan a considerar la cuestión del embrión humano como uno de los temas fronterizos en los que se discute una visión humanista de la vida. Creemos que el proyecto no ha tomado debidamente en cuenta este contexto y se ha quedado con el limitado análisis referido a las técnicas de fecundación artificial.

2. La posibilidad de concepción por técnicas de fecundación artificial suscita serias objeciones ético-jurídicas, que exceden el presente informe.

Las consecuencias que tiene el proyecto en este punto son muchas y muy serias. A continuación, en función de los objetivos planteados por este trabajo presentamos solo algunas de ellas:

- Se produce una discriminación según el lugar donde se encuentran o el origen de la concepción; ¿en algunos casos sería el embrión una persona y en otros casos una cosa o, al menos, no estaría definida su situación jurídica?
- Se genera una indefinición jurídica sobre los embriones no implantados: ¿son cosas, bienes o personas? ¿Se rigen por el derecho de familia o por los derechos reales? ¿Qué deberes tienen para con el embrión no implantado quienes lo han generado o han contribuido a generarlo con su decisión y consentimiento?
- No se brindan soluciones a los problemas de los embriones crioconservados en los casos de divorcio o separación de los padres; muerte de uno de ellos o de ambos; abandono.

Creemos que el concebido nunca es una cosa, ni material genético disponible, ni mero instrumento, sino que es **otra persona humana** que exige reconocimiento jurídico en el ámbito de la alteridad.

### 3. La persona por nacer

La persona por nacer no está definida en ningún lugar del Proyecto. Se la menciona en el artículo 24:

*“ARTÍCULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:  
a) la persona por nacer...”*

Y también en el artículo 101:

*“ARTÍCULO 101.- Enumeración. Son representantes:  
a) de las personas por nacer, sus padres...”*

En el artículo 574 sobre reconocimiento del hijo por nacer:

*“ARTÍCULO 574.- Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida”.*

En el artículo 592 sobre “impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley:

*“ARTÍCULO 592.- Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer. Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.*

El proyecto en otros artículos recurre a la expresión “concebido”. Así en el artículo 21:

*“ARTÍCULO 21.- 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”.*

Finalmente, tenemos que mencionar el artículo referido a los herederos:

*“ARTÍCULO 2279.- Personas que pueden suceder. 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”.*

En el Proyecto se eliminan los artículos 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 69 referidos a la persona por nacer. También se modifica el artículo sobre patria potestad, que en el código vigente es el art. 264 y señala que la patria potestad comienza desde la concepción:

*“ARTÍCULO 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.*

Realizando un análisis crítico del texto propuesto encontramos que:

- Se elimina la definición de persona por nacer del art. 63 CC aunque se mantiene la denominación. Adviértase que en el caso de menores de edad se mantiene una definición en el artículo 25 del proyecto.
- Se eliminan los artículos que impedían las controversias contra la mujer durante el tiempo del embarazo (67, 68 y 78) y explícitamente se admite el cuestionamiento preventivo de la filiación.
- Se utiliza distintas expresiones para referirse al por nacer: persona por nacer, concebido, embrión, concebido que nazca con vida.

#### **4. El cuerpo humano y el inicio de la vida**

La distinción propuesta en el artículo 19 no guarda coherencia con otras normas incorporadas en el Proyecto. En efecto, es relevante considerar al artículo 17 que dice:

*“ARTÍCULO 17.- Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y solo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales”.*

Si consideramos atentamente esta disposición, más allá de la disidencia filosófica de fondo que podemos tener con su enfoque de “derecho al cuerpo”, podríamos interpretar que los embriones no implantados constituyen un “cuerpo humano” (art. 17), pues no cabe duda que no son parte de ningún cuerpo (ni de su padre ni de su madre) y por tanto serían un cuerpo humano distinto.

Si ya hay un “cuerpo”, entonces por coherencia tendría que haber una persona, pues en los fundamentos del Proyecto, comentando el artículo 17 se afirma: “Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones”.

Por otra parte, el inicio del “cuerpo” es indudablemente la concepción y no la implantación, que es simplemente un acto de “alojarse” el cuerpo en otro cuerpo.

A su vez, si fueran “cuerpo humano”, ¿quién sería el “titular” que puede disponer de ellos y en virtud de que norma o principio jurídico lo es?

Estos interrogantes muestran la grave incoherencia en que incurre al proyecto al pretender por un lado dar una protección jurídica al cuerpo humano y por otra al desconocer a los embriones el carácter de persona.

## 5. Duración del embarazo y época de la concepción

El segundo artículo que contiene el capítulo 1 referido a comienzo de la existencia de la persona es el artículo 20 que propone:

*“ARTÍCULO 20.- Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de TRESCIENTOS (300) días y el mínimo de CIENTO OCHENTA (180), excluyendo el día del nacimiento”.*

El artículo 20 se corresponde con los artículos 76 y 77 sobre la época de la concepción y casi no presenta diferencias con la redacción vigente.

Llamativamente en este punto que refiere a la concepción no se mencionan las técnicas de fecundación artificial ni el proceso de implantación, de modo que surge una duda sobre si sus disposiciones son aplicables a todos los niños o si los niños concebidos por técnicas de fecundación artificial –cuya existencia no comenzó en la concepción sino en la “implantación” deberían probar de otro modo la duración del embarazo.

## 6. Nacimiento

Una palabra final sobre las normas del “nacimiento”, con las que se concluye el capítulo 1 referido a comienzo de la existencia de la persona. Dice el artículo 21:

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

En este punto se sigue textualmente al proyecto de 1998.

Lamentamos que se haya mantenido la expresión de que si no nace con vida “se considera que la persona nunca existió”. El Código actual utiliza la expresión “como si no hubiese existido” (art. 74 CC). Estas disposiciones no deben entenderse como negatorias de la personalidad del concebido.

Por otra parte, existe acuerdo en determinar que se trata de una disposición que se vincula con los derechos patrimoniales. En este sentido, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión nro. 1 que consideró el tema del comienzo de la existencia de la persona, aprobó una ponencia que sostuvo: “la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de la persona natural debe interpretarse limitada solo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales”<sup>3</sup>.

3. Adhirieron a esta conclusión: Peyrano, Barbieri, Herrera, Arias de Ronchietto, González del Cerro, Sambrizzi, Vives, Rodil, Méndez Sierra, Cossari, Lafferriere, Cartaso, Leal, Cobas, San Martín, Azvalinsky, Medina, Peyrano, Fernández de Vigay, Arribere, Molina Quiroga, González, C.

El Proyecto elimina algunas normas que marcan una preferencia por el nacimiento con vida. De alguna manera, las disposiciones de los actuales artículos 71, 72, 73 y 75 se subsumen en la expresión: “El nacimiento con vida se presume”.

**La cuestión de la “viabilidad”:** el proyecto abandona el actual art. 72 que rechaza la teoría de la viabilidad. Entendemos que la no incorporación de ninguna norma en sentido contrario y las disposiciones sobre el nacimiento con vida hacen suponer que se puede considerar a la teoría de la viabilidad como rechazada por el Código. Hubiéramos preferido mantener la redacción del artículo 72, que por otra parte brinda un claro criterio axiológico sobre la no discriminación de las personas en razón de sus características físicas.

**Caso de varios nacimientos en un mismo parto:** finalmente, no se incluye la regla general del Código para los casos de varios nacimientos en un mismo parto: “Si nace más de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institución o sustitución a los hijos mayores” (art. 88).