

COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA

1.- Introducción

El tema de establecer desde el punto de vista del derecho el momento en que comienza la existencia de la persona humana, implica la solución previa de graves cuestiones filosóficas, morales y científicas, todas las cuales inciden decisivamente en la solución jurídica.

Al igual que las demás ciencias, el Derecho necesita apoyar sus fundamentos en las conclusiones de otras ciencias o saberes. Por ello, el jurista dependerá de la ontología, la bioética y la biología, las cuales lo orientarán en la búsqueda de las soluciones normativas.

Resulta obvio concluir, entonces, que de los fundamentos y conclusiones de aquellos saberes que sean receptadas por el jurista, dependerán las soluciones normativas que este formule.

Al respecto, vemos claramente la incidencia que tiene la doctrina de ser en potencia y el ser en acto, como equivalentes desde el punto de vista ontológico y moral, respecto de la aceptación de la existencia de la persona humana desde el momento de su concepción, en cuyo caso, esta tiene los mismos derechos personalísimos que el ya nacido, amén del derecho a nacer, que implica el paso de la persona humana potencial a la persona humana actual.

Asimismo, los fundamentos de la Moral, en cuanto señalan que los fines – por más nobles que sean – no pueden justificar el empleo de medios reprobables, inciden de manera decisiva en las cuestiones relacionadas con la experimentación con embriones humanos.

La ciencia biológica, por su parte, nos muestra los diversos pasos en la división de la célula humana original, hasta la constitución del feto.

Todo esto, y mucho más, constituye terreno ajeno a la ciencia jurídica, que esta debe respetar con el fin de crear normas de conducta que establezcan la justicia en las relaciones humanas.

En el campo del Derecho – propio del jurista – se debe establecer a partir de qué momento debe tenerse como existente una persona humana, con el objeto de reconocerle los derechos personalísimos que le corresponden como tal, fundamentalmente el derecho a nacer, o sea, a realizarse como sujeto, y el derecho a su integridad física, que lo proteja frente a las manipulaciones genéticas que pudieran dañarlo para su vida futura.

También corresponde reconocerle los derechos patrimoniales que pudieran corresponderle por herencia, legado o donación.

2.- El derecho civil argentino y sus antecedentes:

- a) **Derecho romano:** En el derecho romano se consideró a la persona por nacer como *pars visceram matris*, o sea como un conjunto de tejidos que se desarrollaba en el seno materno, constituyéndose el ser humano en el momento del parto, siempre que naciera con vida.

Pese a ello, se aceptaba la validez de las transmisiones hereditarias y de las donaciones hechas a las personas por nacer, considerándose que las mismas se hacían bajo la condición suspensiva de que fuera efectivo el nacimiento con vida.

Este sistema fue propugnado en su interpretación del derecho romano por Savigny, que consideraba al régimen protector de los derechos de las personas por nacer una ficción jurídica puesta en su beneficio, y pasó a la mayoría de los códigos modernos.

- b) **Freitas:** En su Esboco, Freitas siguió una doctrina totalmente contraria a la de su mentor Savigny, sosteniendo que la vida existe desde la concepción, ya que si las personas por nacer pueden adquirir derechos, es imposible negar su condición de sujetos del derecho, es decir, personas. Según él, la nada no se representa, y ellos ostentan una representación porque son titulares de derechos.
- c) **Código Civil Argentino:** Vélez adhirió a las ideas de Freitas, que plasmaron en los arts. 63 y 70 de nuestro Código Civil, en el segundo de los cuales se establece que la existencia de las personas físicas comienza desde la concepción en el seno materno. Estas personas pueden adquirir derechos, los cuales devienen irrevocables si nacen con vida. Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, se considerará como que nunca hubiesen existido. De esta forma, el nacimiento sin vida opera como una condición resolutoria, respecto de los derechos adquiridos por herencias, legados o donaciones.
- La doctrina de Vélez está expuesta en la nota del art. 63 del código, en la cual expresa – siguiendo a Freitas – que *“Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”*. Y argumenta con las leyes que penan el aborto premeditado, en apoyo de su tesis, pues las mismas no tendrían sentido si no se tratase de personas.

3.- Las normas del Código Civil y la actualidad:

La consideración de los antecedentes reseñados, nos lleva a constatar la completa asincronía que presenta nuestro Código Civil respecto de los avances de la ciencia. Resulta obvio que en la mente del legislador jamás pudo existir la idea de que las normas que él elaboraba iban a ser aplicadas a casos de congelación de embriones, o de experimentación con ellos.

Esta asincronía evidente de la ley nos lleva a plantear una cuestión fundamental: es necesaria su reforma, o basta con una interpretación de las normas vetustas, que las adecúe a los problemas de la actualidad?

Por mi parte pienso que las próximas Jornadas deberán dilucidar, en primer término, este dilema: se legisla ya, de forma de establecer normas adaptadas al presente estado de la ciencia, o, frente a la clara conciencia de que estas continúan avanzando raudamente, se considera prudente continuar esperando a que termine el presente estadio de su evolución.

Personalmente, estimo que no es razonable mantener la asincronía legislativa que señalamos en nuestro código, y por ello deberían establecerse normas protectoras de los derechos fundamentales de las personas por nacer, reprimiendo, por ende, las experimentaciones y procedimientos claramente reñidos con la norma moral.

4.- Aplicación de las normas civiles al caso de la concepción *in vitro*:

Mientras no exista legislación especial, uno de los principales problemas que debemos solucionar consiste en la interpretación que debe hacerse de los principios legales actuales, en el caso de la fertilización *in vitro*, en la cual la concepción se realiza fuera del seno materno, en el cual se implanta el embrión ya formado.

a) Aplicando literalmente la ley, Cifuentes llegó a la conclusión de que sólo puede ser considerado persona por nacer el embrión que ha sido implantado en el útero materno, ya que el código menciona expresamente esa condición en el art. 63, para que exista la persona por nacer.

Este autor sostiene que no son aplicables por analogía las normas del Código, pues este establece un sistema de presunciones, mientras que la fertilización *in vitro* establece un desarrollo temporal concreto y comprobado, que no es presumible.

En tal caso, se concluye que el embrión congelado y no implantado no es una persona por nacer, sino un mero fenómeno citológico, que como tal, puede prestarse a cualquier tipo de experimentación, o ser destruido en cualquier momento. De esta forma, Cifuentes acepta que se puedan investigar las enfermedades genéticas utilizando el ADN recombinante, por medio de la ingeniería genética.

b) Rivera - con cuyas conclusiones coincidimos plenamente - llegó a una conclusión diametralmente opuesta, sosteniendo la validez de la aplicación analógica de la ley, y en consecuencia, que no existe diferencia legal alguna entre la concepción natural y la artificial: en ambos casos se forma un embrión, es decir, un ser humano en potencia, con su ADN personal e irrepetible.

Por nuestra parte, sostenemos que la analogía es un procedimiento de hermenéutica jurídica expresamente establecido en el art. 16 del Código Civil, constituyendo los arts. 63 y 70 de dicho código las “leyes análogas” mencionadas en aquél.

Obviamente, en el presente caso recurrir a la analogía implica aceptar que el objeto de la interpretación de las leyes vetustas no es la voluntad del legislador, sino aquella que ha dado en llamarse la “voluntad objetiva de la ley”, que no es otra cosa que la aplicación de sus principios a situaciones impensables por quien la estableció.

Por ello resulta inadecuado pretender indagar una hoy día inexistente “voluntad del legislador”, el cual no habría tenido en cuenta el caso, para fundamentar una interpretación gramatical de la ley, que en el caso es claramente inválida.

El principio legal está en el respeto de la persona humana concebida, la cual, como sostuviera Vélez, no es una persona futura, sino actual. Es totalmente indiferente, como han sostenido numerosos autores, la forma en que se llega a la concepción.

A mayor abundamiento cabe recordar que en nuestra legislación constitucional, tenemos el Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. 4º reconoce que la persona humana existe desde su concepción, sin hacer distingo alguno, y por tal razón, tampoco resultaría válido introducir distinciones fundadas en una interpretación meramente gramatical del Código Civil.

También en el Código Civil, por la reforma de la ley 23.264 de 1985, se establece en el art. 264 que la patria potestad existe desde la concepción, sin el requisito de que esta se produzca “en el seno materno”, que resultaría impropio de la época

actual. En consecuencia, una interpretación armónica de nuestras normas civiles sólo puede llevar a la conclusión de que es indiferente la forma en que se produce la concepción, para que se reconozca la existencia de la persona por nacer en nuestro derecho.

5.- El comienzo de la existencia de la persona humana:

La conclusión acerca de la irrelevancia de la forma de fecundación, con la lógica conclusión de que toda persona humana existe desde la concepción, no despeja por sí sola la cuestión acerca del comienzo de su existencia. Falta establecer en qué momento debe considerarse que una persona ha quedado concebida.

Aquí es donde el jurista debe necesariamente seguir las conclusiones de la ciencia biológica, la cual ha dado distintas directivas a medida que progresaba el estudio de la genética humana.

Una primera conclusión de la Biología fue que la concepción no es un suceso instantáneo, sino un proceso temporal. Aclaro: no estoy hablando de la gestación, que se refiere al desarrollo de un ser humano ya concebido, sino al proceso mismo de la concepción, antes de cuya conclusión no puede hablarse de la existencia de persona humana alguna.

En la ley francesa ese plazo se estableció en diez semanas, estimándose que antes de tal plazo no existe un feto que pueda ser tenido como persona por nacer.

Más modernamente, se ha reconocido que no es necesario el desarrollo del feto para que se considere existente a la persona, ya que en un desarrollo muy anterior esta presenta todos los caracteres individuales del individuo humano: ADN propio e irrepetible y desarrollo encefálico suficiente.

De esa forma, se ha reducido a 14 días el plazo de concepción, distinguiendo entre lo que ha dado en llamarse el *preembrión*, y el embrión totalmente formado. El plazo de catorce días corresponde a la formación en la masa encefálica del preembrión del surco neural, que constituirá en el futuro un cerebro único, correspondiente a un individuo humano.

El tema no ha quedado allí, ya que la existencia del preembrión es precedida por un proceso previo de fusión de los núcleos del óvulo y del espermatozoide, concluido el cual queda formado el futuro ser humano, por presentar en ese momento todos los caracteres genéticos del individuo humano. Ese proceso de fusión de los núcleos se reconoce en la actualidad como totalmente completado luego de las 6 a 12 horas de iniciado.

En consecuencia, debemos aceptar las conclusiones de la ciencia actual, y aceptar que el proceso de concepción está completado sin lugar a dudas a las 12 horas de iniciado. A partir de ese momento, debe tenerse como existente una persona por nacer.

Sin perjuicio de lo expuesto, queda bajo la reserva de que ese plazo puede acortarse, en función de futuros adelantos en el estudio científico de los embriones, el cual no tiene razón alguna para quedar detenido en el tiempo actual.

Anticipo ya la objeción que se funda en la existencia de los llamados gemelos monocigóticos, es decir, gemelos que son concebidos a partir de una única unión de un óvulo con un espermatozoide. En tal caso, a estar a las actuales conclusiones de la biología, sólo se separan los cerebros de los futuros gemelos al

formarse en casa uno de ellos el surco neural, es decir, a los catorce días de iniciada la concepción.

En primer lugar, debe señalarse que el de los gemelos monocigóticos es un caso límite, que como tal, no debería ser considerado en el momento de establecer reglas generales.

En segundo lugar, cabe también mencionar que las conclusiones actuales de la ciencia, en su incesante avance, son necesariamente provisorias. Ya llegará el día en el cual pueda establecerse perfectamente la naturaleza de este extraño fenómeno y el criterio de diferenciación prematura más adecuada al mismo.

Mientras tanto, es suficiente con aceptar la conclusión de la Biofilosofía según la cual la célula es la mínima unidad de la vida, y por ello, también de la vida humana.

Desde que existe esa célula, por consiguiente, existe el ser humano, si bien en un estado de desarrollo prenatal, que permitirá considerarlo como sujeto de derecho, a partir de su individuación y en razón de su aptitud potencial para nacer.

Esto nos lleva a las siguientes conclusiones:

- a) El embrión congelado y no implantado es un ser humano, y como tal, persona para el derecho.
- b) Es ilícita la creación de embriones que no tenga como finalidad su implantación en seno materno.
- c) Es ilícita la congelación de embriones que no tenga como destino inmediato su implantación.
- d) Es ilícita la experimentación con embriones salvo que estos no sean dañados de ninguna forma y tengan como destino final e inmediato su implantación en el seno materno.
- e) La ley debe proteger adecuadamente el derecho de los seres humanos embrionarios a nacer.
- f) La ley debe proteger la dignidad de los seres humanos embrionarios prohibiendo toda manipulación que altere sus derechos.

Jorge Lavalle Cobo