

RESUMEN

Recién sancionado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el punto referido al comienzo de la existencia de la persona humana se presenta como uno de los más controversiales. Este comentario procura efectuar un análisis inicial del articulado del nuevo Código referido a la persona por nacer, y aportar conclusiones sobre los alcances de su artículo 19, interpretado a la luz de las restantes normas del propio texto legal.

Recién sancionado el Código Civil, el punto referido al comienzo de la existencia de la persona humana se presenta como uno de los más controversiales. En el presente comentario, inicial y breve, procuraremos aportar nuestras conclusiones sobre los alcances del artículo 19 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, interpretado a la luz de las restantes normas del propio texto legal.

1. El texto del artículo 19 y sus sucesivas redacciones

El capítulo 1 del Título I, del Libro I, está dedicado al comienzo de la existencia de la persona, y consta de tres artículos: 19 (comienzo de la existencia de la persona), 20 (duración del embarazo) y 21 (nacimiento con vida). El artículo 19 del Código Civil finalmente sancionado dispone:

“ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Este artículo ha sido eje de una de las principales controversias durante todo el proceso de redacción y discusión del nuevo Código Civil. En tal sentido, para comprender sus alcances, es importante tener presentes las sucesivas modificaciones que el texto ha tenido:

Texto del Proyecto del Poder Ejecutivo presentado en junio de 2012

“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.”

Texto del predictamen presentado el 14 de noviembre de 2013

“ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer”.

Disposición transitoria: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”

Texto final aprobado por el Senado de la Nación del 27 de noviembre de 2013 y por la Cámara de Diputados el 1ro. de octubre de 2014

“ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Disposición transitoria: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”

Algunas conclusiones del texto finalmente sancionado:

- a) Existe amplio acuerdo, desde la primera redacción hasta el final, en cuanto a mantener la tradición jurídica argentina que dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción y, por tanto, que reconoce al ser humano en su etapa anterior al nacimiento como “persona por nacer”.
- b) La discusión se planteó, ya desde el inicio del proceso de reforma, en torno a la situación de los embriones humanos no implantados concebidos por técnicas de fecundación artificial.
- c) La redacción inicial, que incluía dos momentos diferenciados para el inicio de la vida y consideraba que el embrión no implantado no era persona, fue finalmente reemplazada por un texto unificado que considera que la existencia de la persona humana comienza en la concepción.
- d) Consecuentemente, de la inicial propuesta de dos momentos de inicio de la vida hemos pasado a un único momento. Ese momento es el de la concepción, que, como su nombre lo indica, refiere al primer momento en que existe una persona. Por tanto, si había duda sobre la situación de la persona dentro o fuera del seno materno, en la redacción final hay que interpretar que, al hablar de concepción, el artículo 19 lo hace sin diferenciar si ocurre dentro o fuera del seno materno.
- e) La concepción, por tanto, no quedó asimilada a la implantación, y por ello se la debe entender como el momento de la fecundación, pues quedan incluidos en tal momento tanto los embriones concebidos dentro del seno materno como los concebidos fuera de él.
- f) El hecho de que la disposición transitoria se refiera a la “protección especial” del embrión no implantado no puede ser utilizado para afirmar que el embrión no es persona. Por el contrario, reconoce que, en los hechos, y por aplicación de la ley 26.862, hoy se generan embriones fuera del seno materno, y señala la intención de protegerlos ante los riesgos que ello significa.
- g) Bajo la primitiva redacción, partiendo del juego del art. 19 y la disposición transitoria, se podía afirmar que, para el proyecto, el embrión no sería persona, pero que debía recibir alguna protección. Con la redacción finalmente aprobada, que quitó la referencia al doble momento de inicio de la vida, el embrión no implantado debe considerarse persona, y también tiene que ser protegido ante el hecho de su generación extracorpórea.
- h) El artículo 19 eliminó la frase “en el seno materno”, presente en el código de Vélez Sarsfield. Si bien la doctrina había interpretado este texto en el sentido de entender la concepción como el primer momento de la existencia, sea dentro o fuera del seno materno, la modificación ahora aprobada resulta una mejora en relación al tema.
- i) En síntesis, la finalidad de la norma del artículo 19 es establecer el primer momento de existencia de la persona, y ubica tal momento en la concepción, entendida como fecundación, ya sea dentro o fuera del seno materno.

3. Análisis del artículo 19 a la luz del resto del Código Civil y Comercial

Junto con la consideración del artículo 19, debemos analizar otras normas del mismo Código Civil

que se refieren a la persona por nacer.

3.1. La época de la concepción

Retomando los artículos 76 y 77 del Código Civil, el nuevo Código dispone:

“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 casi no presenta diferencias con la redacción vigente de los mencionados artículos. El texto sigue teniendo aplicación en la multiplicidad de situaciones que se refieren a la posible presunción de filiación matrimonial y extramatrimonial.

El artículo no menciona las técnicas de fecundación artificial. Al respecto, se ha dicho que, dado que el artículo 20 habla de “embarazo”, hay que interpretar el artículo 19 como referido a la concepción “en el seno materno”. Ello no resulta correcto, pues la finalidad de la norma, que data del derecho romano, es establecer una presunción que hoy en día, con los medios biotecnológicos disponibles, es fácilmente refutable en cualquier caso, ya sea en concepción intracorpórea o extracorpórea.

En el nuevo Código se eliminan los artículos 65, 66, 67, 68 y 78 del Código vigente hoy, referidos al embarazo, a la postergación de controversias durante el embarazo y a otras formas de protección de la madre.

3.2. El nacimiento con vida y la personalidad

El otro artículo que se ubica en el capítulo sobre el comienzo de la existencia de la persona es el 21 que dispone:

“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”.

Las disposiciones de los actuales artículos 71, 72, 73, 74 y 75 se subsumen en este artículo. En este punto se sigue textualmente al proyecto de 1998. Al respecto, 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, pues su origen se vincula con evitar fraudes sucesorios. Ello por cuanto el embarazo se prueba por la simple denuncia de la mujer (art. 65, CC) y no pueden tomarse medidas para comprobar tal estado (arts. 67, 68 y 78 CC). Consecuentemente, para evitar el caso de una mujer que simulara un embarazo y luego alegara la pérdida del niño y pretendiera ser la única heredera del fallecido prenatalmente, Vélez Sarsfield condicionó la transmisión de derechos al nacimiento con vida. Así, 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, en 2003, 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”.

¿Cómo interpretar la expresión “concebido o implantado en la mujer”? El texto resultaba coherente con la redacción primera del artículo 19, que finalmente fue abandonada porque se decidió que el momento de inicio de la existencia de la persona fuera único y que coincidiera con la concepción, dentro o fuera del seno materno.

Ante la nueva redacción del art. 19, el texto no puede ser utilizado para hacerle decir lo que se quiso revertir. Como inicial reflexión, podemos decir que la finalidad de la norma del artículo 21 es crear una condición resolutoria, que no puede interpretarse como derogatoria de la regla fijada por el art. 19. Igualmente, el hecho de que el artículo 21 hable de “concepción” y de “implantación” significa que no los toma como sinónimos, pues aquí hay una clara diferenciación de ambos momentos. La condición resolutoria de la frase “implantado en la mujer” parece referir al embrión ya implantado, y se vincula exclusivamente con sus derechos de tipo “patrimonial”, en los términos de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que antes hemos explicado. Esa frase no nos permite afirmar que un embrión, por el hecho de no estar implantado, no sea persona.

3.3. La capacidad de ejercicio

En el nuevo Código se eliminan los artículos 64 y 69 del Código vigente, referidos a la “representación” de la persona por nacer. El texto del art. 64 había dado lugar a cierta discusión en torno a sus alcances, pues dispone: “Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que estas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”. En el nuevo Código, tal posible discusión se diluye, pues queda claro que la persona por nacer es persona y goza de la capacidad que le reconocen los artículos 22 y 23:

ARTÍCULO 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

ARTÍCULO 23.- Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

Por su parte, en cuanto a la “capacidad de ejercicio”, el artículo 24 dispone:

“ARTÍCULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

”a) la persona por nacer...”.

Y por su parte el artículo 101 señala quiénes son los “representantes” de la persona por nacer:

“ARTÍCULO 101.- Enumeración. Son representantes:

a) de las personas por nacer, sus padres...”.

De las disposiciones anteriormente citadas puede concluirse que la persona por nacer es plenamente capaz de derecho. Al igual que todas las personas, tal capacidad puede resultar limitada en algunos casos, pero ello

bajo ninguna circunstancia puede interpretarse como un supuesto de denegación de la personalidad.

3.4. El hijo por nacer y la filiación

La plena personalidad de la persona por nacer también se reconoce en el artículo 574 que dispone:

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

La norma es consecuencia lógica de la regla del artículo 19. Respecto a la condición de dicho reconocimiento al nacimiento con vida, nos remitimos a lo ya dicho sobre el actual artículo 74 y el nuevo artículo 21.

La persona por nacer aparece también 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”.

Hay que aclarar que también la persona por nacer puede ser titular de alimentos y que el hecho de que se permita discutir la filiación prenatalmente señala que el momento decisivo para la configuración de los vínculos filiatorios es el de la concepción.

3.5. La persona por nacer y las sucesiones

Entre las normas vinculadas con la persona por nacer 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 561;

”d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento”.

El artículo, en lo que concierne a las personas por nacer, viene a reemplazar el artículo 3290 que actualmente dispone: “Art. 3.290. El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido

naciere muerto, tampoco puede sucederle”.

En la nueva redacción, a los fines de nuestro análisis, podemos decir que la persona concebida en principio podrá suceder si nace con vida y se establece una regla especial para los concebidos por técnicas de fecundación artificial. En tal caso, se pone como regla el nacimiento con vida conforme a las reglas de filiación.

La redacción no cambia la regla del artículo 19. Respecto a la exclusión de los embriones que no nazcan con vida, recordemos lo ya dicho sobre la razón de ser del artículo 74 del Código Civil. Esa misma decisión prudencial legislativa se encuentra hoy en el artículo 2279.

3.6. La norma sobre manipulación genética y el embrión

Entre las normas que se refieren a la persona por nacer, en la versión finalmente aprobada del nuevo Código tenemos que mencionar el artículo 57 que dispone:

ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.

Al respecto, la expresión “embrión” aquí parece ubicarse en el contexto de biotecnologías que manipulan la vida humana, que son limitadas con una prohibición. El artículo 57, cuando habla de la “descendencia” del embrión, lo identifica por completo con el término “persona humana”. Pues bien, a los fines del reconocimiento de la personalidad, el artículo 57 es consistente con la interpretación del art. 19, que sostiene que la existencia comienza con la fecundación, pues en la fecundación se termina de conformar el código genético propio e irreplicable que acompaña a la persona humana durante toda su vida. Y una “alteración genética del embrión” solo podría realizarse extracorpóreamente, de modo que ese embrión tiene derechos personalísimos y, por tanto, es persona.

3.7. La persona por nacer y el consentimiento en la fecundación artificial

Finalmente, los otros artículos que mencionan al “embrión” humano son los artículos 560 y 561, que disponen:

ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

ARTÍCULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Estos artículos se insertan en el capítulo referido a las reglas especiales de filiación para la fecundación artificial. Por tanto, no se trata de artículos referidos al reconocimiento de la personalidad de los embriones no implantados.

Sin perjuicio de ello, el texto del 561 es bien claro en hablar de la “concepción en la persona” y luego de la “implantación del embrión”. Claramente, concepción e implantación son tratados como instancias diferentes. Si dice “concepción en la persona”, es porque puede haber “concepción fuera de la persona”. Si dice “implantación del embrión”, es porque el embrión es una realidad concebida

anteriormente y que está por ser implantada, es decir, alojada en el cuerpo de la mujer que lo gestara.

El nuevo Código, tanto en el artículo 561 como en el 560, solicita dos consentimientos: por un lado, el consentimiento “preconcepcional”, al momento de la “utilización de los gametos” (art. 560); por el otro, ese consentimiento debe “renovarse” (art. 560) antes de la “utilización” de los embriones (560), y hasta el momento de la “implantación” ese consentimiento es revocable (consentimiento preimplantacional). Por tanto, el consentimiento decisivo para los fines de la concepción es el consentimiento previo a la “utilización de los gametos”, y ese consentimiento genera filiación. Una vez formado el embrión, debe volver a solicitarse el consentimiento, pero para ratificar lo ya decidido sobre los efectos filiatorios. No habría “consentimiento preimplantacional” sin antes el consentimiento “preconcepcional”.

Los artículos 560 y 561 consideran al embrión como una entidad propia distinta del padre y de la madre. Del artículo 561 no puede deducirse que el embrión no sea persona, ni siquiera que se autorice su descarte. Solo puede concluirse que, si una persona dio consentimiento antes de la “implantación” del embrión, puede revocarlo. El nuevo Código ni siquiera nos aclara cuáles son las consecuencias de tal revocación. Solo sabemos que, si lo ha revocado, no presenta “voluntad procreacional”, y la ley no podrá establecer una filiación con respecto al embrión que finalmente naciera.

4. El cuerpo humano y el inicio de la vida

Hasta aquí hemos analizado las normas referidas a la persona por nacer y, en particular, al embrión humano. Pues bien, el artículo 19 tiene que ser interpretado en coherencia con otras normas incorporadas en el Código, y en tal sentido 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 comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

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

En efecto:

a) Para el nuevo Código Civil, el “cuerpo humano” es relevante jurídicamente (art. 17).

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

c) El momento en el que comienza la existencia del “cuerpo humano” es el de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, pues en ese momento se forma una unidad “biológica” que presenta los rasgos propiamente humanos;

d) Consecuentemente, el embrión, desde la fecundación, debe considerarse persona;

- e) Mientras que el padre o la madre podrían reclamar como “propios” sus gametos, el embrión, luego de la fecundación, ya es un “ente” distinto del padre y de la madre, una realidad individual humana y, por tanto, un cuerpo que no “pertenece” a sus padres;
- f) Si la fecundación es el momento en que se forma el cuerpo humano, entonces la fecundación es el momento de la concepción;
- g) Si el embrión no implantado no fuera “persona”, ¿qué es?, ¿un cuerpo humano no personal? ¿Quién sería el “titular” que puede disponer de su “cuerpo”, y en virtud de que norma o principio jurídico lo es?
- h) La implantación en el seno materno es un acto de “alojarse” el cuerpo del embrión en otro cuerpo, el de su madre.
- i) Establecer un diferente estatuto jurídico para los embriones concebidos en forma natural (que serían personas desde su fecundación) y los concebidos extracorpóreamente (que lo serían desde la implantación) supondría una inaceptable discriminación de los seres humanos, en función del lugar donde se encuentran. Es indudable que, con independencia de la forma en que fueron concebidos, los embriones son todos iguales en sus características morfológicas y genéticas, y de allí que merezcan un igual tratamiento.
- j) Sostener que el embrión no sería persona supondría caer en una cosificación de un individuo humano. En este sentido, en los fundamentos del art. 17 del nuevo Código se critica una concepción “patrimonialista del cuerpo”, que:

“considera que es posible que el cuerpo o sus partes sean objeto de derechos patrimoniales. En este esquema, es posible separar elementos que se califican como “cosas”, que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites. Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay problemas vinculados a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento”.

5. Conclusiones

En el presente trabajo hemos procurado un análisis inicial del articulado del nuevo Código Civil referido a la persona por nacer. Se reconoce a la concepción como el primer momento de existencia de la persona humana, y no se distingue según el lugar de concepción entendida como fecundación. Se puede afirmar que el embrión no implantado es persona desde la concepción, aunque una ley especial dictará lo relativo a su protección en las técnicas de fecundación artificial. Finalmente, se han simplificado las normas sobre capacidad y representación, aclarando que la persona por nacer se encuentra comprendida en el sistemageneral de capacidad.

VOCES: BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - MATRIMONIO - ABORTO - MENORES - DERECHO CIVIL - DERECHOS HUMANOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PERSONA - FAMILIA - SUCESIÓN - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - FILIACIÓN - CÓDIGO CIVIL