
La protección al concebido en el Derecho Penal Romano y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea

José Carlos Costa

JOSE CARLOS COSTA

Profesor Titular de Derecho Romano de la Carrera de Abogacía y Abogacía Franco Argentina

I. INTROITO

Es apasionante para la actualidad de la ciencia jurídica el tema concerniente a la fecundación extracorpórea y corresponde al estudioso del derecho precisar, origen, alcance, principios, y límites del mismo.

El presente trabajo tiene como meta aportar sobre la temática con referencia en especial al derecho argentino, y para ello he decidido abordarlo desde varios puntos de vista.

En primer lugar he de profundizarlo respecto del **derecho romano** para referirme luego a la cuestión en particular en nuestro país desde los distintos matices que presentan los problemas provenientes de la fecundación extracorpórea en la legislación civil, proyectos legislativos de reforma, vacío de legislación específico de fondo, acogida constitucional y consideración bioética.

II. PROTECCIÓN AL CONCEBIDO EN EL DERECHO ROMANO

Hemos de reconocer la profunda influencia que tiene el derecho romano respecto de la problemática concerniente al concebido. Es el caso del "que está por nacer" (**nasciturus**). Prefiero emplear esta terminología más propia de **Texeira de Freitas** y **Vélez Sarsfield** que son de algún modo continuadores de la corriente romanista ibérica sin desconocer la polémica doctrinaria al respecto reseñada admirablemente por el maestro **Catalano** cuando enseña que "frecuentemente, en Europa, la introducción de los conceptos abstractos de "persona", "personalidad", "sujeto de derecho", "capacidad jurídica" ha importado una renovación de los principios y de las normas: se ha pasado de la "igualdad ontológica" al ecleticismo pacífico legislativo".¹

De la investigación que llevo a cabo iniciada desde hace años sobre el tema² puedo decir que en un principio los juristas romanos fieles a su estilo práctico y realista consideran la existencia de la persona centrada en el "hecho biológico" incontestable y empírico del nacimiento. El nacer implica el comienzo a la vida en modo práctico y jurídico. Con el transcurrir del tiempo la creación evolutiva firme y constante de los juristas, esencialmente los clásicos, hace variar dicha premisa mediante reconocimiento de derechos al **nasciturus** con la finalidad de paliar situaciones jurídicas que producen soluciones inequitativas, v.g., la situación hereditaria del hijo póstumo, cuestiones alimentarias, etc.; con lo que lentamente se comienza a considerar, con notable acierto, que la vida se inicia a partir de la concepción, y luego mediante el nacimiento se ratifica el proceso de la gestación que se ha iniciado en el seno materno.

En otras palabras, mediante la contemplación jurídica de casos cotidianos destinados a procurar soluciones equitativas se comienza a dar paso la idea de considerar la existencia de la persona desde el momento de la concepción en el seno materno. La vida se genera desde la gesta-

1 Catalano Pierangelo, "Diritto e Persone", pág. 204 y sstes.

2 Costa José C., "El Derecho de Familia y de las Personas en Roma", pág. 36 y sstes; Costa, José C. y García, Ricardo G. "La situación jurídica del "nasciturus" en el Derecho Romano y su influencia en A.T.Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield"

ción y por ende la protección del concebido (**nasciturus**) es necesaria y justa.

La jurisprudencia clásica fiel a su estilo no elabora al respecto una "teoría general de la persona" sino que mediante la solución de casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene su inicio en la concepción y no en el nacimiento. Este último, de ser con vida, en definitiva, no es otra cosa que la ratificación de la personalidad de quien la ha iniciado en el vientre materno.³ Lo expuesto me ha permitido considerar que la jurisprudencia romana conoció ambas posturas, nacimiento y concepción, hasta que la más justa, esta última, desplaza a la primera.

Lo que significa que los juristas romanos conocen y trabajan ambos supuestos biológicos (nacimiento y concepción) para brindar finalmente protección jurídica desde la concepción. Pero esta última tendencia se mantiene considerando el nacimiento sujeto a que se produzca con vida como ratificación de quien se inicia en el vientre materno.

Para comprender mejor la cuestión es menester recalcar brevemente en la postura rígida que considera el inicio de la persona en el derecho romano desde el nacimiento, para entender la evolución, equitativa, humana, y si se quiere hasta devenida en la actual que considera la personalidad y protección del concebido.

Encontramos distintos pasajes en las fuentes que hacen referencia al nacimiento como consideración gravitante a tener en cuenta para el derecho.⁴ Pero al punto habremos de admitir que deben ser interpretados un tanto forzadamente en virtud que varios de los mismos no se refieren concretamente al concebido como persona, ni al alcance de sus derechos sino a situaciones peculiares como "el fruto del vientre de una esclava", "legados que tienen como objeto los frutos de un fundo y de una esclava" y la consideración que "el feto es parte de las entrañas de la mujer".

De una atenta lectura de las fuentes indicadas se advierte que en rigor no hacen referencia a la "persona por nacer" como tal (**nasciturus**)

3 Costa José C, "Estatuto de la persona", "XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", 2001, Buenos Aires.

4 Inst. 2.203/D.25.4.1.pr./D.25.4.1.1/D.30.24.pr./D.35.2.9/D.44..2.7.3.

y a la protección del mismo, o sus derechos. Por el contrario los casos hacen alusión al “feto de una esclava”, y está en claro la distancia entre ésta y una mujer libre. Por dicho motivo, al considerar a una esclava jurídicamente como cosa, el concebido en su vientre es considerado en modo similar. De aquí se infiere su comparación y asimilación con los “objetos de un legado”.

Por otra parte el pasaje del Digesto que alude a la persona por nacer como “parte integrante de las entrañas de la mujer” debe ser interpretado como aquello que se encuentra en el vientre de la madre formando parte de su integridad y que hacen a su intimidad y pudor.

La cita en concreto se refiere a un caso de “inspección de vientre” y “custodia de parto” motivado por requerimiento del padre y no por una cuestión de consideración de la persona por nacer en sí misma.

A la luz de la evolución que efectúa el derecho en Roma comienza a surgir mayormente la tendencia de excepcionar el principio de considerar la importancia del nacimiento como punto de partida de la persona. Esta evolución es de tal identidad, cantidad, calidad, variedad, y matices, que permite aseverar que la jurisprudencia romana haciendo gala de una actitud, si se quiere moderna, va en procura de la defensa y equiparación del débil (concebido) mediante la implementación de su protección jurídica.

De este modo tenemos la consideración⁵ y cobertura brindada al póstumo a través de la designación de tutores para después del nacimiento, lo que implica claramente reconocerlo como persona;⁶ diferir la aplicación de la pena capital impuesta a la madre para después que el concebido hubiera nacido;⁷ la percepción de alimentos por propio derecho del concebido con prescindencia de la madre;⁸ designar curador al **nasciturus** para protegerlo y administrar sus bienes considerándolo incluso como incapaz de hecho.⁹ En este caso se llega a considerar que el curador debe pagar las deudas contraídas en ocasión de la curatela impli-

5 Gayo, Inst. 2.13 / Ulpiano, Reglas, 22.15 / Inst. 2.16.4 / Inst. 2.132 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4 /

6 Inst. Gayo 2.183 / Ulpiano, Reglas 22.15 / Inst. 1.13.4 / Inst. 1.14.5 / Inst. 2.13.2 / Inst. 2.16.4 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4 / Inst. D.26.2.1.1 / D.26.2.1.5 / D.26.2.6 / D.26.2.19.2 / D.50.17.187.

7 D.1.5.18/D.48.19.3.

8 D.25.6.1.7/D.37.9.1.3/D.379.1.5/D.37.9.5.pr / D.37.10.5.3.

9 D.26.5.2.pr / D.26.10.3.3 / D.26.10.3.11 / D.27.1.45.2 / D.37.9.1.22 / D.50.16.161.

cando extender la responsabilidad de “la persona por nacer” ante las deudas.¹⁰ También respecto de la posesión se permite en ciertos casos al concebido ejercerla a través del curador, o incluso de la madre.¹¹ Por otra parte se encuentran pasajes del Digesto que aluden al concebido en igual consideración al que “ya ha nacido”;¹² y otras fuentes toman en cuenta la concepción como determinante del estado familiar del concebido desplazando el nacimiento.¹³ Finalmente se considera al concebido sujeto a la condición que nazca con vida (carácter resolutorio) en contraposición al efecto que le otorga tener en cuenta el nacimiento como punto de inicio (condición suspensiva).¹⁴

O sea que, a modo de apretada síntesis, tras lo expuesto puedo señalar que partiendo de la consideración del momento del nacimiento los juristas romanos comienzan a integrar la indefensión del concebido hasta equiparlo al ya nacido. Esto implica la creación y sustento del principio moderno contemplado en numerosas legislaciones que la concepción en el seno materno da inicio a la persona como tal bajo la condición que nazca con vida.

III. LA CUESTION EN EL CÓDIGO CIVIL

Es sabido que **Dalmacio Vélez Sarsfield**, autor del código civil argentino, siguiendo a su mentor, el ilustre jurista brasileño **Augusto Teixeira de Freitas**, establece el comienzo de la existencia del hombre desde el momento mismo de la concepción en el seno materno. Se señala al respecto que el ilustre codificador argentino ha sido un adelantado para la época puesto que decide extender el comienzo de la existencia de la persona a la concepción. Pero en rigor de verdad como lo he sostenido oportunamente¹⁵ **Vélez** no incursiona en ningún sistema jurídico de avanzada, sino que adopta la conclusión lógica derivada de las múl-

10 D.27.4.1.2. / D.37.9.5.1.

11 D.6.5.1.pr / D.26.6.1.1 / D.37.9.

12 D.1.5.7 / D.1.5.26 / D.50.16.153.

13 Inst.1.13.9 / D.1.7.15.

14 D. 34.5.7.pr / D.38.16.3.9 / D.40.4.7 / D.50.16.129.

15 Costa José C, obra citada, pág.42; Costa, José C. y García R. G., obra citada.

tiples soluciones propiciadas por el derecho romano, tan bien conocidas por él, trasladándolas a nuestro derecho positivo.

La "persona por nacer" en nuestro código civil se encuentra legislada en los artículos 63 a 78.¹⁶

Justamente en la nota al artículo 63,¹⁷ señala el codificador con notable acierto que "las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar...; pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el derecho romano había acciones sobre este punto..."

En la nota indicada encontramos también sabias referencias al derecho romano, citas de códigos coetáneos de marcada influencia romanista, v.g., Luisiana (art. 29), Prusia (T. 1 art. 10 parte 1ra.). Pero es menester destacar la decisiva influencia que ha tenido en nuestro codificador la postura asumida por el jurisconsulto brasileño **Freitas** que por coincidir plenamente con la misma sigue acertadamente. Es de destacar especialmente la admirable distinción efectuada por **Freitas** entre "persona futura" y "persona por nacer"¹⁸; su aguda reseña sobre la situación codificadora de la época¹⁹; y el excelente fundamento empleado en refutación de **Savigny**.

Con esto quiero señalar que la solución adoptada por **Vélez** en el código civil, considerando que la existencia de la persona se inicia en el momento de la concepción, es romana, quedando demostrado claramente su vigencia, e influencia, no sólo históricamente, sino diría incluso a modo de trasvasamiento, pervivencia, "movilidad temporal".

16 Que corresponden a los arts. 1 a 7 del Título III y arts. 1 a 9 del Título IV, ambos de la Sección Primera, Libro Primero "De las Personas", según la numeración original dispuesta por Vélez reemplazada luego por la actual correlativa.

17 En el original corresponde al art. 1, Título III, Sección Primera, Libro Primero.

18 Catalano Pierangelo, obra citada, pág. 196; Costa José C. y García Ricardo G., obra citada; Texeria de Freitas, "Exboxo", Libro I Sección I, Título 2° Capítulo 1, nota art. 53.

19 A favor de la concepción: Cód. Austria (art. 22); Luisiana (art. 2); del Perú (art.3); Estados Prusianos (art.10, parte 1°, Título 1°). A favor del nacimiento: Cód. Chile (arts. 74 y 77).

IV. LA CUESTIÓN EN LA ACTUALIDAD

Es evidente que la visión jurídica de **Vélez** y los juristas de su época se encuentra enfocada en el momento que vivieron. En el siglo XIX y con anterioridad al mismo el único modo de concebir era en el seno materno. He dicho que la jurisprudencia romana se adelanta al momento que les toca vivir dejando atrás el principio que la persona de existencia física se inicia con “el nacimiento” remplazándolo por “la concepción”. Pero hoy debido al adelanto de la ciencia es menester detenernos en el análisis de la problemática de “la fecundación extracorpórea”. Planteado el eje de la cuestión respecto la “concepción fuera del seno materno” he de introducirme también en el campo de la bioética para determinar lo que es legal y justo y brindar la correspondiente protección jurídica al “concebido extracorpóreo”. Es evidente que el tema es espinoso y produce un gran debate doctrinario al respecto. Pero sin ánimo de soslayar el mismo y con la prudencia y medida que la cuestión requiere, especialmente en consideración de las opiniones en contrario, he de poner en relieve que es menester brindar una adecuada aceptación y protección jurídica al “concebido extracorpóreo”. Con esto en definitiva y en mi opinión no es otra cosa que brindar protección al más débil tal cual lo hicieran los juristas romanos con “el concebido en el seno materno”. Pero es evidente que tratándose de una cuestión delicada, más que nunca la sociedad, entiéndase Estado, debe implementar una política tuitiva del “concebido extracorpóreo” como incluso otrora se hiciera en Roma.

V. BREVE ANALISIS DE LA CUESTION LEGISLATIVA EN NUESTRO PAIS

La Argentina carece a nivel nacional de una legislación específica sobre “**procreación asistida**”. Si, en cambio, es opinión mayoritaria en la doctrina que la misma una vez sancionada no debe desconocer las limitaciones propias que derivan del “**respeto a la vida**” y “**la dignidad del hombre**”.

He de destacar que si bien no existe una normativa de fondo sobre el

tema se han sancionado leyes, nacionales y provinciales, que han legislado de un modo tangencial sobre el mismo al tratar sobre **"salud sexual y procreación responsable"** pero sin profundizar en demasía la cuestión. De tal modo y como ejemplo tenemos: ley nacional 25.673; ley 418 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); ley 4276 (Chaco); ley 4545 (Chubut); ley 8535 (Córdoba); ley 5133 (Jujuy); ley 1363 (La Pampa); ley 6433 (Mendoza); ley 2222 (Neuquén); ley 3059 (Río Negro); ley 11.888 (Santa Fé); etc.²⁰

VI. BREVE RESEÑA DE LOS DISÑTINTOS PROYECTOS LEGISLATIVOS

Los principales proyectos de carácter nacional desde 1985 a la fecha han sido diversos, y presentados por los siguientes legisladores, Luis M. González; Ibarbia, Álvarez Echagüe, Topa, Meneghini, Toma, Ibarreche, Germanó, López de Zavalía, Gallo y Fernández Gill; Storani y Laferrière; María Florentina Gómez Miranda; Martín de Denardo, Juan P. Cafiero y Ferreira; Juan P. Cafiero; Carlos F. Ruckauf y Alberto Iribarne; Britos, del Valle Rivas, Bittel, Figueroa, Ludueña, Sánchez Vaca y Rubio; Claudio R. Mendoza y Silvia E. Troyano; Alberto A. Natale y José M. Antelo; Eduardo O. Camaño; Graciela Camaño y José M. Corchuelo Blasco; Orguin, Vicchi, Prente, González Gass, Gauna y Salvador; Carlos A. Romero; Martínez, Gallo y Dumont; Alfredo Avelín.

Todos estos proyectos no fueron aprobados por ninguna de las Cámaras del Poder Legislativo. En cambio en julio de 1997 el Senado aprobó un proyecto originado en varias de sus comisiones pero sin que obtuviera convalidación en Diputados.

Finalmente el "Proyecto de Código Civil unificado al Código de Comercio" presentado en 1998 trata el tema en diversos artículos, especialmente el 15 cuando legisla que "la existencia de las personas humanas comienzan con la concepción".

Es evidente que modifica lo dispuesto por Vélez cuando habla de la "concepción en el seno materno". Esto es así por cuanto según se desprende de sus "Fundamentos" (L. 2° T. I° p. 3):

20 Gil Domínguez, A. "Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable", pags. 13 y sstes, 93 y sstes.

“Al tratar del comienzo de la existencia de las personas se dispone que ello se produce con la concepción; se elimina la expresión **en el seno materno** para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas. El texto se adecua entonces no sólo a la realidad científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 4 inc.1). Los otros arts. que proponen armónicamente la modificación expuesta son los siguientes: 111, 505, 543, 563 y 2229 inc. c.”²¹

VII. BREVE CONSIDERACIÓN RESPECTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL PAÍS

Coexisten respecto del tema dos puntos de vista antagónicos, y hasta en algunos puntos inconciliables.

Por un lado la postura que admite con amplitud la procreación asistida en aras del progreso de la ciencia; y por el otro la que la rechaza.

Señala atinadamente Sambrizzi, cuya obra seguimos en lo sustancial en esta parte, que “las diversas técnicas existentes destinadas a lograr la procreación humana por medios distintos a los naturales, o sea, sin la realización del acto sexual, en pugna con el orden natural e invadiendo de tal manera la esfera de la sexualidad humana, comprenden una serie de procedimientos biotecnológicos que tienen esa finalidad, cuya relevancia es innecesario destacar, habiéndose llegado a afirmar sobre la misma que junto a la fusión del átomo y la salida al espacio, constituyen los logros científicos del siglo XX que más hondamente van a incidir en el futuro del hombre; así como que cada uno de esos logros ofrece notables posibilidades de contribuir a su bienestar, pero también a la desviación y a la catástrofe si no prevalece la prudencia en su aplicación y perfeccionamiento”²²

Las diversas técnicas de fecundación extracorpórea que han logrado tanta difusión no es un privilegio de nuestros días sino que desde anti-

21 Sambrizzi, Eduardo A., “La Procreación Asistida y La Manipulación Genética del Embrión Humano”, pág. 49 y sstes.

22 Sambrizzi Eduardo A., obra citada, pág. 13; Bossert, Gustavo A., “fecundación asistida”, JA 1988-IV-871.

guo los hombres de ciencias iniciaron el camino mediante experimentación en plantas y animales.²³

Sin entrar en profundidad en la consideración técnica de los distintos procesos de fecundación asistida puesto que escapa a la ocasión del presente es menester dejar en claro que las mismas puede ser **extracorpóreas** (el tema que nos convoca) o **intracorpóreas**.

Las primeras (extracorpóreas) se fundamentan en que "la mayor parte de las mismas efectúan la fusión de los gametos masculino y femenino en un medio extracorpóreo, pudiendo tratarse de la fertilización denominada pasiva, que es la más común y conocida; o la activa (inyectar uno o algunos pocos espermatozoides en el interior del óvulo), transfiriendo luego el huevo fecundado a las trompas de la mujer".²⁴

Las segundas (intracorpórea) presenta como característica que la fusión se produce mediante "la introducción del semen del varón en la vagina o útero de la mujer, en la cavidad abdominal o dentro del folículo ovárico antes de que se produzca la ovulación, o mediante la transferencia intratubárica de gametos, que consiste en la introducción en las trompas de la mujer, en el abdomen o a través del canal cervical, de los gametos femenino -previamente extraído- y masculino, sin previa fertilización entre ambos".²⁵

La fertilización extracorpórea ha conducido muchas veces a la aplicación de otras técnicas complementarias que causan discusión, como ser: **a)** El congelamiento o crioconservación de gametos masculinos o de embriones debido al poco éxito obtenido en el desarrollo hasta hoy en la congelación de gametos femeninos que conlleva a la congelación de óvulos ya fecundados (embriones); **b)** La selección de embriones en consideración a su mejor aptitud, cantidad requerida por la gestante, rechazo de la gestante de la implantación de los embriones crioconservados, fallecimiento de la madre biológica y no implantación posterior en otra madre.

Procedimientos técnicos que han conducido a la decisión de desechar o descartar. Es evidente que la adopción de cualquiera de estas dos

23 Sambrizzi Eduardo A., obra citada, pág. 13 y sstes.

24 Sabrizzi Eduardo A., obra citada, pág. 18 y sstes.

25 Sambrizzi Eduardo A., obra citada, pág. 19; Loyarte, D. y Rotonda A. E., "Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético, pág. 107 y sstes.

últimas posibilidades genera oprobio en parte de la doctrina por cuanto considera que en el primer caso se produce "la cosificación del embrión humano", y en el segundo "la muerte premeditada de un ser humano".²⁶

Hasta aquí sólo he referenciado brevemente el aspecto emergente de la pareja que desea tener un hijo y los médicos que intervienen (**fertilización homóloga**). Pero otra faceta del problema surge en el caso de **fertilización heteróloga**, es decir la que se produce entre la pareja y los donantes del material genético, o entre éstos, y los bancos de semen, o entre el donante, y los hijos nacidos con motivo de la utilización de los gametos de aquellos.

Otra variedad de la problemática en tratamiento sin ánimo de agotar la misma, y a modo de ejemplo, se da en la relación entre la pareja y los embriones no implantados, el alcance de la guarda del secreto de la identidad de los donantes, la madre portadora, o subrogada (gestación realizada por una tercera persona con óvulos que pueden o no ser de ella con la cual se ha convenido previamente la entrega del hijo que gestó a quien o quienes se lo han encargado); gestación del hijo por parte de la mujer que utiliza embriones congelados o gametos crioconservados del marido premuerto; la extracción de semen de los testículos del marido fallecido, etc.²⁷

Toda esta gama de situaciones introduce la cuestión en dilucidar quienes son los destinatarios de la procreación asistida y la finalidad de las técnicas empleadas para ello.

El primero de los aspectos refiere a la conveniencia de permitir o no la aplicación de las técnicas de procreación asistida a personas que no se hallan unidas en matrimonio o circunscribirlas solamente a éstas.

Se ha discutido mucho respecto de la conveniencia de la extensión de las técnicas de procreación extracorpórea a las parejas no devenidas en matrimonio (v.g. concubinato, parejas ocasionales o no estables, homosexuales, mujeres solas, etc.). En este sentido tenemos a modo de ejemplo en el derecho comparado las leyes españolas 35 de 1988 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", y 42 sobre "Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órga-

26 Sambrizzi Eduardo A., obra citada, pág. 20 y sstes.

27 Sambrizzi, Eduardo A., obra citada, pág. 22.

nos", modificadas luego ambas parcialmente por la ley 10 de 1995 que autoriza "a toda mujer a ser receptora o usuraria de las técnicas reguladas por la presente ley".

En nuestro país entiende parte de la doctrina que no existe norma al respecto por el cual el vacío legal puede ser interpretado como una falta de prohibición que autoriza este tipo de fecundación asistida.²⁸

Respecto de si la cuestión debe circunscribirse únicamente a la posibilidad de acceder a las técnicas de procreación extracorpóreas a quienes se encuentran en matrimonio encuentran su fundamento en la necesidad que el hijo pueda alcanzar dentro de una familia un mejor desarrollo de su personalidad como producto de la estabilidad que emana de la constitución de aquella.²⁹

Es interesante la distinción realizada por **Sambrizzi** en cuanto diferencia entre adopción y creación.³⁰ En el primer caso se trata de adoptar "un niño abandonado", y en el segundo "crearlo". Por dicho motivo los arts. 312 y concs. del Cód. Civil reformados por la ley 24.779 permite la adopción de una mujer sola (soltera, divorciada o viuda).

Con respecto a la finalidad de las técnicas de procreación asistida es menester entrar en el campo de la **Bioética**.

Pienso que de todos los temas, inconvenientes y supuestos que se pueden presentar lo referente a la finalidad de la fecundación extracorpórea es la más aguda y conflictiva. Toda persona por serlo tiene derecho a la vida. Persona y vida son una misma cosa no pudiéndose separar una sin que se pierda la otra.³¹

Por ende siendo la procreación algo propio y natural de la unión sexual de la mujer y el hombre es menester tener en claro qué es lo que se persigue con la fecundación extracorpórea por cuanto la ciencia médica, es decir la propia inteligencia del hombre reemplaza a la naturaleza generando una responsabilidad tal que no puede ser soslayada por el legislador.

28 Sambrizzi, Eduardo A., obra citada, pág. 39 y sstes.

29 Bossert, Gustavo A., obra citada, pág. 875; Loyarte D. y Rotonda A. E., obra citada, pág. 388 y sstes.; Sambrizzi, Eduardo A., obra citada, pág. 35 y sstes.

30 Sambrizzi, Eduardo A., obra citada, pág. 37.

31 Costa José C, "XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Buenos Aires, 2001.

Es en este aspecto donde entra en juego la aplicación de “un sistema de principios éticos básicos” que permita la mejor contemplación valorativa de la norma. Siguiendo en esta parte la obra de **Loyarte Dolores y Rotonda Adriana E.**, puedo decir que Bioética (del griego **bios**, igual **vida** y **ethiké** que significa **moral**) es “el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales”.³²

El término bioética “se ha ido incorporando paulatinamente en el lenguaje científico, primero y en el habla corriente, después indicando de modo fehaciente la especial influencia que estos temas tienen en el hombre moderno, afectado por una incesante medicalización de su vida”.³³

“La bioética aparece, a fines de la década de 1960, cuando la biología y la medicina empiezan a complicarse con temas éticos. ... los filósofos y los eticistas ... lentamente advierten que la realidad va tomando una dimensión moral que hace necesario un giro, no sólo de la ética sino también de la filosofía: un “giro aplicado” al campo de las ciencia, y en especial a la biomedicina”.³⁴

“A modo de síntesis... la bioética se propone una simbiosis entre la nueva realidad científica, en especial la biomédica, y la moral en general... pretende ser el puente entre los hechos científicos y el “ethos” del hombre, se apoya sobre la **humanización de las ciencias**. El humanismo en sentido literal, es la búsqueda de la cualidad humana, de la condición esencial del hombre ... por eso, es el movimiento que pone al hombre en el centro de la realidad”³⁵

Esto ha hecho que “el pensamiento bioético está fuertemente determinado por la interacción, entre otras disciplinas, de la medicina, la ética y el derecho. Porque ellas expresan valores fundamentales de nuestra cultura. Por medio de esas disciplinas, como de toda obra ciencia se trasluce una filosofía cultural”.³⁶

32 Loyarte D. y Rotonda A. E., obra citada, pág. 11.

33 Loyarte D. y Rotonda A. E., obra citada, pág. 12.

34 Loyarte D. y Rotonda A. E., obra citada, pág. 12.

35 Loyarte D. y Rotonda A. E., obra citada, pág. 13.

36 Loyarte D. y Rotonda A. E., obra citada, pág. 21.

Evidentemente abarcar el tema con la profundidad y seriedad que merece escapa absolutamente al acotado espacio del presente trabajo pero es fundamental dejar en claro que es imposible soslayar estañar un "vacío legal" sin tener en cuenta los principios que emergen de esta nueva ciencia por cuanto en definitiva "se trata de crear vida", y ello conlleva principios inexorables que deben ser tenidos en cuenta desde el punto de vista, médico, legal y ético, dado que "es el propio hombre que crea vida humana" reemplazando el acto natural de la procreación con los peligros que esto puede acarrear (v.g. clonación).

A esta altura de la exposición resulta estéril la interrogación efectuada *ut supra* respecto de la subjetivación, u objetivación, del **nasciturus** por cuanto respecto del mismo importa por sobre todo preguntarse: "¿quién es, y no: ¿cómo es?

Finalmente me es menester realizar un somero análisis de la situación del **nasciturus** a la luz del derecho constitucional argentino a los efectos de determinar su marco legal.

En primer lugar de acuerdo al escalonamiento piramidal normativo se encuentra la propia Constitución (art. 31) que garantiza el respeto de los principios y derechos básicos del hombre que contiene en modo explicito. o implícito en su parte 1°, capítulo 1° ("Declaraciones, derechos y garantías") como ser entre otros, el derecho a la vida, a la integridad, a la salud, a la identidad, a la protección integral de la familia, a la libertad, etc..

En el esquema tradicional de la Constitución el **nasciturus** no se encuentra contemplado expresamente. Pero analizando con detención la cuestión puedo señalar, juntamente con parte mayoritaria de la doctrina, que de acuerdo a la reforma constitucional de 1994 "los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía constitucional" (art. 75 inc. 22). Pero además dicho artículo nombra en un segundo apartado ocho Tratados Internacionales y dos Declaraciones Universales que a su decir "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Entre los Tratados indicados enunciaré en razón de la brevedad sólo los que nos atañen al tema, y son "La Convención Americana sobre Derechos Humanos" (conocida también como Pacto San José de Costa Rica ratificada por ley 23.054; "La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (ratificada por ley 23.179) y "La Convención sobre los Derechos del Niño".

Entre las declaraciones puedo nombrar "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"; y "La Declaración Universal de los Derechos Humanos".³⁷

De esta égida constitucional se desprende a juicio de **Loyarte y Rotonda**³⁸ por imperio de los arts. 4, 5 y 16 de "La Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" el "derecho a procrear libremente" en plena igualdad con el hombre pero teniendo en cuenta el fin social de la maternidad por la responsabilidad común que supone para ambos progenitores la procreación y la formación de los hijos teniendo en cuenta el "interés de éstos".

Del denominado "Pacto San José de Costa Rica" tenemos configurado "el derecho a la vida" y a la "integridad personal" (arts. 4 y 5).

De la "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" ratificado con rango constitucional por ley 23.849 nuestro país fijó la protección del menor desde la "concepción" (art. 2º). Esto último se determinó en uso de una de las cuatro reservas permitidas en la mencionada Convención. También esta última dispone "el derecho intrínseco a la vida del niño" (art. 6 inc. 1), "la supervivencia y desarrollo del niño" (art. 6 inc. 2), y el "derecho a la identidad" (arts. 7 y 8). He de señalar además de lo expuesto que la actual Carta Magna atribuye al Congreso de la Nación la facultad de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humano, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" (art. 75 inc. 23).

37 Ekmekdjian, Miguel A., "Manual de la Constitución Argentina", pág. 83 y sstes.

38 Loyarte D. y Rotonda A. E., obra citada, pág. 229 y sstes.

Conjugando esta disposición constitucional con “la definición de niño” adoptada con rango constitucional por ley 23.849 tenemos que estas denominadas “acciones positivas” deben abarcar también al concebido y hasta su nacimiento con vida.

De esta apretada síntesis constitucional se puede inferir que nuestro país ha sido coherente en mantener la postura del inicio de la persona a partir del momento de la concepción brindándole protección jurídica.

VIII. CONCLUSIÓN

A modo de corolario he de decir que examinando las **fuentes romanas**, y su recepción en las obras de **Freitas** y **Vélez**, surge de las mismas que **en nuestro sistema ha recalado firme el espíritu humano del derecho romano contemplando la protección jurídica del “concebido en el seno materno” (“nasciturus”).**

Superado por la ciencia este último concepto, la **“vida “extracorpórea” debe ser protegida y considerada debidamente en aplicación coherente de los mismos principios romanos que sostuvieron e influenciaron a las principales legislaciones del continente y en especial la nuestra.**

Evidentemente esta protección debe brindarse en cuidado del “concebido extracorpóreo” evitando todo abuso y manipulación del mismo que tienda a desvirtuar los principios elementales básicos que son **el respeto a la vida y la dignidad humana** para lo cual el Estado y los juristas deben tener un rol preponderante en la implementación de las leyes respectivas.

En nuestro país y a pesar de los fundamentos constitucionales que avalan la “fecundación extracorpórea” la orfandad concreta de una legislación puntual al respecto es una deuda que debe ser saldada inexorablemente.

Los proyectos de ley presentados y no aprobados son prueba elocuente de ello.

Más sostengo convencido **que la legislación futura específica debe-**

rá abreviar en los principios humanos que el derecho romano nos legó a través de su coherencia receptiva en el sistema jurídico latinoamericano en general y en la obra de Dalmacio Vélez Sarsfield en particular.