
La protección al concebido en el Código Procesal Penal de la Nación y el Derecho Romano

José Carlos Costa

I. Introito

El presente trabajo tiene como meta demostrar la vigencia de los principios rectores del derecho romano en la protección del concebido en la legislación y jurisprudencia argentina.

En principio, he de tratar el tema respecto del derecho romano para referirme luego en especial al derecho argentino, abarcando los distintos matices que presenta la cuestión, y destacando que el tema propuesto es continuación y consecuencia de la investigación que vengo realizando desde hace tiempo respecto de la problemática proveniente de la “persona por nacer” (*nasciturus*)¹.

Finalmente, el análisis pormenorizado de disposiciones normativas y fallos recientes que contemplan particularmente la situación del “nasciturus” con independencia de la madre demuestra la pervivencia de los principios rectores del derecho romano en la protección del más débil en la legislación argentina.

II. Protección al concebido en el derecho romano

Es profunda la influencia que tiene el derecho romano respecto de la protección y consideración del “que está por nacer”, es decir, el concebido en el vientre materno (*nasciturus*).

Prefiero emplear esta terminología (*nasciturus*), más propia de Teixeira de Freitas y Vélez Sársfield, que son de algún modo continuadores de la corriente romanista ibérica, sin desconocer la polémica doctrinaria al respecto, reseñada por Catalano, cuando señala 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 eclecticismo pacífico legislativo²”.

Sobre el tema³ puedo señalar que los juristas romanos, fieles a su estilo práctico y realista, consideran la existencia de la persona centrada en el “hecho biológico”, incontrastable 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 la jurisprudencia clásica 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 cual, 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 gestación iniciado en el seno materno.

La jurisprudencia clásica, fiel a su estilo, no elabora al respecto una “teoría general de la persona”, sino que mediante solución a casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene inicio en la concepción y no en el nacimiento. Este último, de ser con vida, no es otra cosa que la ratificación de la personalidad de quien la ha iniciado en el vientre materno⁴.

Lo expuesto me ha permitido considerar que la jurisprudencia romana conoce ambas posturas, nacimiento y concepción, hasta que la más justa, esta última, desplaza a la primera, lo cual significa que los juristas romanos conocen y trabajan ambos supuestos biológicos (nacimiento y concepción), para brindar finalmente protección jurídica al concebido desde el mismo instante de 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 necesario hacer hincapié, en modo breve, 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 devenida en actual, que considera la personalidad y protección del concebido.

En este sentido, encontramos distintos pasajes en las fuentes que hacen referencia al nacimiento como consideración gravitante a tener en cuenta para el derecho.⁵ Pero al punto habremos de admitir que deben ser interpretados un tanto forzosamente 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, tales 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, y a su protección o sus derechos. Por el contrario los casos hacen alusión al “feto de una esclava”, y está en claro la distancia entre esta 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 denota tal identidad, cantidad, calidad y variedad, 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 consideración⁶ y cobertura brindada al póstumo, a través de la designación de tutores para después del nacimiento, lo que implica claramente reconocerlo como persona;⁷ diferir la aplicación de la pena capital impuesta a la madre para después que el concebido hubiera nacido;⁸ la percepción de alimentos por propio derecho del concebido con prescindencia de la madre;⁹ designar curador al “nasciturus” para protegerlo y administrar sus bienes considerando incluso como incapaz de hecho.¹⁰ En este caso se llega a considerar que el curador debe pagar las deudas contraídas en ocasión de la curatela, implicando extender la responsabilidad de “la persona por nacer” ante las deudas.¹¹ También respecto de la posesión se permite en ciertos casos al concebido ejercerla a través del curador, o incluso de la madre.¹² Por otra parte se encuentran pasajes del Digesto que aluden al concebido en igual consideración al que “ya ha nacido”,¹³ y otras fuentes toman en cuenta la concepción como determinante del estado familiar del concebido, desplazando el nacimiento.¹⁴ Finalmente se considera al concebido sujeto a la condición de que nazca con vida (carácter resolutorio), en contraposición al efecto que le otorga tener en cuenta el nacimiento como punto de inicio (condición suspensiva)¹⁵.

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: la concepción en el seno materno da inicio a la persona como tal bajo la condición de que nazca con vida.

III. La cuestión en el código civil

Vélez Sársfield, siguiendo a su mentor, el ilustre jurista Augusto Teixeira de Freitas, establece el comienzo de la existencia del hombre desde el momento mis-

mo de la concepción en el seno materno. Se ha dicho que el codificador argentino ha sido un adelantado para la época puesto que decide extender el comienzo de la existencia de la persona al momento de la concepción. Pero en rigor de verdad, como lo he sostenido oportunamente¹⁶, Vélez no incursiona en ningún sistema jurídico de avanzada sino que adopta la conclusión lógica derivada de las múltiples soluciones propiciadas por el derecho romano, tan bien conocidas por él, trasladándolas a nuestro derecho positivo.

Respecto de la labor de Vélez, Schipani ha tenido oportunidad de decir que “un momento importante de mi formación ha estado constituido ciertamente por el estudio de la obra de Dalmacio Vélez Sársfield, y en particular en su *Código Civil* con sus *Notas*. Iniciado este estudio en Buenos Aires y en Córdoba, lo he desarrollado luego organizando dos Congresos, en Sassari y en Roma. El *Código*, con sus *Notas*, constituye la expresión más acabada también bajo el perfil teórico de la continuidad existente entre los códigos justinianos y los códigos contemporáneos; lo cual pone de manifiesto, de manera explícita, el papel que tiene la ciencia jurídica y nos guía con ejemplaridad didáctica en la estructura del trabajo científico”¹⁷.

En cuanto a la “persona por nacer”, en nuestro código civil se encuentra legislada en los artículos 63 a 78,¹⁸ y es especialmente en la nota al artículo 63,¹⁹ que el codificador señala 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 citada 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.); más, es importante destacar la decisiva influencia que ha tenido en nuestro codificador la postura asumida por Freitas, que por coincidir con la misma sigue acertadamente. Es de destacar muy especialmente la admirable distinción efectuada por Freitas entre “persona futura” y “persona por nacer”²⁰; su aguda reseña sobre la situación codificadora de la época²¹; y el excelente fundamento empleado en refutación de Savigny.

Con esto quiero señalar que la solución adoptada por Vélez Sársfield en el código civil al considerar que la existencia de la persona se inicia en el momento de la concepción es romana, demuestra claramente su influencia y vigencia, dado que el mismo se ha transfigurado en derecho actual.

IV. El tema en la actualidad²²

El único modo de concebir en el siglo XIX era en el seno materno. Por dicha razón Vélez y los juristas de su época tratan el tema de dicho modo. He dicho que la jurisprudencia romana se adelanta al momento que les toca vivir, dejando atrás el principio que dice que la persona de existencia física se inicia con “el nacimiento” y remplazándolo por “la concepción”. Pero hoy, el adelanto de la ciencia médica nos induce a la contemplación y análisis de la problemática de “la fecundación extracorpórea”, planteado el eje de la cuestión respecto la “concepción fuera del seno materno”. Ya he tenido oportunidad de desarrollar el tema en donde me he inmerso incluso en el campo de la bioética, para determinar lo que es legal y justo y brindar la correspondiente protección jurídica al “concebido extracorpóreo”²³. Es evidente que el tema es espinoso y causa un debate doctrinario permanente al respecto. Sin perjuicio de ello y con la prudencia y mesura que la cuestión requiere, especialmente en consideración de las opiniones en contrario, en su momento sostuve que es menester brindar una adecuada aceptación y protección jurídica al “concebido extracorpóreo”²⁴. Con esto, en mi opinión, se ha buscado alcanzar la “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, la sociedad, entiéndase Estado, debe implementar una política tuitiva del “concebido extracorpóreo”, como otrora se hiciera en Roma respecto de la protección jurídica del concebido desde el seno materno.

Nuestro país carece a nivel nacional de una legislación específica sobre “procreación asistida”. En cambio, es opinión doctrinaria mayoritaria que la misma una vez sancionada no debe desconocer las limitaciones propias que derivan del “respeto a la vida” y “la dignidad del hombre”. Empero destaco 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 la problemática al tratar sobre “salud sexual y procreación responsable”, pero sin profundizar en demasía la cuestión. De tal modo y como ejemplo tenemos las siguientes disposiciones: 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.²⁵

Los principales proyectos de carácter nacional desde 1985 a la fecha han sido diversos y presentados por los siguientes legisladores con cuyos nombres se individualizan los mismos, a saber, Luis M. González; Ibarbia, Álvarez Echagüe, Topa, Meneghini, Toma, Ibarreche, Germanó, López de Zavalía, Gallo y Fernández Gill; Storani y Laferriere; 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 Rubeo; 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.

Estos proyectos no han sido 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, rezando que “la existencia de las personas humanas comienzan con la concepción”. Es evidente que modifica lo dispuesto por Vélez Sársfield cuando habla de la “concepción en el seno materno” según se desprende de sus “Fundamentos” (L. 2° T. I° p. 3): “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 artículos que proponen armónicamente la modificación expuesta son los siguientes: 111, 505, 543, 563 y 2229 inc. c.”²⁶

V. La vigencia del derecho romano en la protección al concebido en la legislación argentina

Efectuado un apretado análisis de la situación del concebido en el derecho argentino arribo a la premisa de que el derecho romano ha brindado a la normativa argentina claros principios rectores destinados a la consideración y protección del concebido como persona. Por ello me he abocado al análisis de la cuestión abordando otras aristas, en este caso el art. 495 del Código Procedimiento Penal de la Nación y el aporte jurisprudencial a dicho respecto. La citada norma establece que, “la ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal del juicio solamente en los siguientes casos: 1) cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia...”

Y en el mismo sentido, los argumentos de provenientes de fallos jurisprudenciales han sostenido que: “... en circunstancias particulares como la de autos deben meritarse a la hora de resolver, además de cuestiones propias del encartado, extremos y situaciones fácticas que van más allá del sujeto que viene sufriendo la

detención, tal como el interés de la persona por nacer, protegido por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento supralegal de rango constitucional. Desde ya adelanto que comparto los argumentos volcados en los autos “Cuenca”, por lo que habré de votar por la aplicación analógica al caso que nos convoca de la gracia regulada por el artículo 495 del catálogo instrumental, y en consecuencia suspender la prisión preventiva que viene sufriendo la Sra. ... hasta tanto dé a luz y su hijo cumpla los seis meses de edad...²⁷”.

Pues bien, analizando la cuestión a la luz de las fuentes romanas, Ulpiano hubo de resolver respecto del tema que, “el Emperador Adriano respondió por rescripto a Publicio Marcelo, que la mujer libre, que estando embarazada fue condenada a la última pena, paría un libre; y que se acostumbrada conservarla, hasta que diese a luz el parto...²⁸”.

Y también, el mismo Ulpiano dispone que: “la pena de la mujer embarazada condenada a ser ejecutada se difiere hasta que para. Yo ciertamente se que se observa, que tampoco se la sujeta al tormento mientras está embarazada²⁹”.

Es más que evidente que las soluciones brindadas por Ulpiano respecto de la mujer que se encuentra embarazada bajo prisión, o sujeta a la pena capital, se encuentran destinadas a la protección del concebido. Y la misma solución romana es recogida por la normativa del art. 495 CPPN, y jurisprudencia, citados.

Ulpiano refiere claramente a la mujer que se encuentra sujeta a la aplicación de la pena capital, mas, el destacado jurista clásico, demostrando una vez más su elevado criterio jurídico, señala atinadamente que la mujer “tampoco se la sujeta al tormento mientras está embarazada³⁰”.

La alusión al “tormento “difiere de “pena capital”, no se trata de la sanción máxima (privar la vida) sino a otro tipo de pena en general. El criterio de Ulpiano es amplio, humano, de plena consideración hacia la mujer, pero en razón de su embarazo, lo que implica claramente “proteger al que está en el seno materno”.

Ahora bien, en el derecho moderno debemos equiparar “tormento” con “prisión”, y entonces surge transfigurada la solución de Ulpiano recogida en la normativa legal y jurisprudencial argentina. De ningún otro modo se pueden interpretar los textos del célebre jurista romano y su incidencia en la normativa de nuestro país. Esta última recoge sin hesitación la enseñanza romana y la plasma de modo normativo y jurisprudencial, lo cual me permite sostener que “los principios rectores del derecho romano respecto de la debida consideración y protección del más débil, en este caso, el concebido” se encuentran insertos en el derecho argentino y tienen plena y eficaz aplicación.

VI. Corolario

Tras examinar las fuentes romanas y su recepción en las obras de Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfiel surge que el sistema legal argentino ha recepcionado sólidamente el espíritu humano del derecho romano que contempla la protección jurídica del “concebido en el seno materno” (“nasciturus”). También me he detenido brevemente en analizar la cuestión respecto de la “vida extracorpórea”, entendiendo y reafirmando que la misma debe ser protegida coherentemente con los principios romanos que brindan influencia y sostén a las principales legislaciones latinoamericanas y en especial la argentina. Por último, y en particular, he considerado la transfiguración del derecho romano en la normativa y jurisprudencia vigente, demostrado que ambas contemplan los principios rectores del derecho romano en la protección del concebido en cuanto a la consideración del más débil, lo cual me permite reafirmar una vez más, y con plena convicción, que la égida legal y jurisprudencial argentina mantiene vigente los principios rectores que el derecho romano nos brinda a través de la coherencia receptiva en el sistema jurídico latinoamericano en general, y en la obra de Dalmacio Vélez Sársfield en particular.

Notas

1 “Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea”, “XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Bs.As., 2004.

2 Catalano Pierangelo, “Diritto e Persone”, G. Giappichelli editore, pág. 204 y sstes., Torino, 1990.

3 Costa José C., “El Derecho de Familia y de las Personas en Roma”, edit. Estudio, pág. 36 y sstes., Bs. As., 1997; Costa, José C. y García, R. G. “La situación jurídica del “nasciturus” en el Derecho Romano y su influencia en A.T.Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield”

4 Costa José C, “Estatuto de la persona”, “XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, 2001, Buenos Aires.

5 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.

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

7 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.

8 D.1.5.18 / D.48.19.3.

- 9 D.25.6.1.7 / D.37.9.1.3 / D.379.1.5 / D.37.9.5.pr / D.37.10.5.3.
10 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.
11 D.27.4.1.2. / D.37.9.5.1.
12 D.6.5.1.pr / D.26.6.1.1 / D.37.9.
13 D.1.5.7 / D.1.5.26 / D.50.16.153.
14 Inst.1.13.9 / D.1.7.15.
15 D. 34.5.7.pr / D.38.16.3.9 / D.40.4.7 / D.50.16.129.
16 Costa José C, “El Derecho de Familia ...”, op. cit., pág. 42.; Costa, José C., “Raíces Romanas en las Instituciones Modernas”, “XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Bs. As., 2005.
17 Schipani, S., “Treinta Años de Diálogo Con Los Juristas Latinoamericanos”, La Ley, pág. 1, Bs. As., 22-09-04.
18 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.
19 En el original corresponde al art. 1, Título III, Sección Primera, Libro Primero.
20 Catalano P, op cit., pág. 196; Costa José C. y García R. G., op. cit.; Teixeira de Freitas, “Exboxo”, Libro I Sección I, Título 2º Capítulo 1, nota art. 53.
21 A favor de la concepción: Cód. Austria (art. 22); Luisiana (art. 2); del Perú (art.3); Estados Prusianos (art.10, parte 1º, Título 1º). A favor del nacimiento: Cód. Chile (arts. 74 y 77).
22 “Protección al concebido ...”, op. cit..
23 “Protección al concebido ...”, op. cit..
24 “Protección al concebido ...”, op. cit..
25 Gil Domínguez, A. “Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”, pags. 13 y sstes, 93 y sstes.
26 Sambrizzi, Eduardo A., “La Procreación Asistida y La Manipulación Genética del Embrión Humano, pág. 49 y sstes.
27 Del voto del Dr. Eduardo R. Freiler, C. 38.398 - “Inc. De Excarcelación de Huaranga Padilla, Yuri Eith” . CNCRIM. y CORREC. FED. - Sala I - 19/10/05; y C. 38.810 - “Quichua Quispe, Eda s/ detención domiciliaria” - CNCRIM. y CORREC. FED. - Sala I - 14./03/06.
28 D.1.5.18.
29 D.48.19.3.
30 D.48.19.3.

