

AUDIENCIA PÚBLICA convocada por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Lugar y fecha: San Luis, 16 de Octubre de 2012, Salón Vialidad Nacional.

Tema: **La protección de la vida humana en el ordenamiento jurídico argentino.**

Presentan: **Dra. Gabriela Oviedo Helfenberger de Fontana**, Profesora Titular de Derecho Procesal I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo, Sede Villa Mercedes. E-mail: gabrielaohf@yahoo.com.ar;

Dr. Yussef Becher, Profesor Adjunto de Derecho Procesal II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo, Sede Villa Mercedes. E-mail: yussefbe@hotmail.com; feejargentina@gmail.com

1.- Comentario del art. 19, primera parte, del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 191/2011ⁱ.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del Poder Ejecutivo reproduce, con acierto, en nuestra opinión, el esquema normativo “clásico” del derecho a la vida. Contempla que *“la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno”* (art. 19 PCCyC), definición idéntica a la del art. 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield, vigente desde 1871 –ley 340-. En la nota a este dispositivo el codificador incluyó la que reza: *“Una*

antigua ley ordenaba expresamente que después de la muerte de una mujer embarazada, su cuerpo fuera abierto a fin de salvar, si era posible, la vida del hijo” (L.2. De mortuo infer. Dig.), lo que abona, más allá de toda duda, la presencia de una tesis iusnaturalista sobre la vida y su consiguiente tutela jurídica.

La postura pro vida de la Argentina es, como vemos, la misma desde los albores de la organización nacional hasta la fecha, y, por lo que advertimos, “goza de buena salud”.

Incluso los tratados internacionales de derechos humanos, productos genuinos del pasado Siglo de los genocidios y de las dos conflagraciones mundiales, han recogido esta realidad jurídica axiológica superior en el mismo orden de ideas. En nuestro ámbito continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica- adoptó la fórmula –en 1969- de la protección de la vida desde la concepción, al mismo tiempo que prohíbe la pena de muerte, ambas en su art. 4. Luego nuestro país ratificó la citada Convención en 1984, sin formular reservas, mediante Ley N° 23054 y, posteriormente, la constitucionalizó vía la Reforma de 1994.

Entendemos que la fórmula empleada en el comentado art. 19, primera parte, del Proyecto es esclarecedora y, a la vez, idónea para reafirmar la arraigada postura de la República Argentina en favor de la vida humana, desde su concepción, fundamento de nuestro

ordenamiento jurídico. Dijimos esclarecedora, lo reiteramos, y lo es porque, al ratificar la protección de la vida desde su concepción permite “solucionar” -desde el Derecho Común- la ruidosa discusión sobre el aborto no punible, porque del mismo modo que los países que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos no pueden establecer la pena de muerte, son inadmisibles nuevas hipótesis de aborto no punible. En todo caso, siguiendo la ideología y evolución de los DD.HH, la órbita de regulación abortiva podría reducirse, mas no ampliarse, so pena de inconstitucionalidad por violación del carácter de progresividad, y del principio *pro homine* de los DD.HH. De este modo, el Proyecto bajo análisis viene a imprimir un vigor hermenéutico insoslayable en favor de la vida.

En San Luis, podemos hacer mención al art. 13, primer párrafo, de la Constitución Provincial reformada en 1987: *“La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos”*. Me permito traer a colación esta valiosa manda de la Ley Fundamental Provincial porque da cuenta de la reafirmación de la protección de la vida incorporada a nuestra legislación a través del mencionado Pacto en 1984, amén de recoger la filiación pro vida histórica de nuestras instituciones fundamentales, resumiendo los contornos filosóficos del derecho a la vida con suma

precisión y en pocas palabras, dejando claro que el deber de proteger la vida recae, especialmente, en los poderes públicos.

2.- Comentario del art. 19, segunda parte, del Proyecto de Código Civil y Comercial del Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 191/11ⁱⁱ.

El mencionado artículo en su segunda parte expresa: *“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”*.

Creemos que el debate en torno a esta norma se divide en dos cuestiones fundamentales: ¿El embrión concebido fuera del seno materno es persona?, ¿Qué protección jurídica merece el embrión no implantado?

En relación al primer punto, la Conferencia Episcopal Argentina en el Documento *“Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la Reforma del Código Civil”*, ha reconocido expresamente la condición de persona humana a aquellos embriones concebidos mediante la utilización de técnicas de fertilización asistida, es decir, fuera del seno materno. Es oportuno recordar que cuando el Código Civil de Vélez Sarsfield proclamó que “la persona existe desde la concepción en el seno materno”, no excluyó la concepción extrauterina, sino que afirmó el principio esencial de que

toda vida humana, desde el momento inicial, y sin distinción de cualidades o accidentes (art. 51, CC) es digna del respeto debido a una persona humana. Por lo tanto, y a esta altura de la exposición, no es cuestionable, en ningún aspecto, que el embrión concebido fuera del seno materno sea considerado persona humana.

Pero en el Proyecto esta realidad se presenta como “las dos caras de Jano”, como una moneda. Una irrefutable, pero otra injusta. El PCCyC que analizamos nada dice respecto a los embriones que no son implantados, los que quedan en el laboratorio, y esto es gravísimo. No lo podemos dejar librado al “azar”, o a que alguna legislación especial, algún día, regule el tema, tratándose de una cuestión tan fundamental como el derecho a la vida, de raigambre constitucional, reconocido por los tratados internacionales sobre derechos humanos, respecto de los embriones que los padres no han decidido implantar.

Hay que destacar la distinción que se genera entre las personas humanas concebidas por medios naturales y aquellos que han sido procreados mediante técnicas artificiales, esto traerá aparejado evidentes problemas para determinar la filiación. En el primer caso rige la verdad biológica, pero en el segundo es la elección de las personas la que determina quienes serán los padres. Esto es lo que se denomina “voluntad procreacional”.

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Tucumán en 2011, y que constituyen el principal acontecimiento académico de esta rama del derecho, se aprobaron distintos despachos que contradicen las propuestas del, en aquel entonces, Anteproyecto, actual Proyecto de Reforma del Código Civil (http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_6.pdf):

- “De lege lata y de lege ferenda: La regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional” (unanimidad).
- Fecundación heteróloga: “Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”.
- Voluntad procreacional: "La voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia".

Si se aprobase el texto tal como ha sido redactado, se permitiría: la reproducción asistida post-mortem, la de un niño por dos mujeres, o por dos hombres a través del alquiler de vientre – gestación por sustitución, en los términos empleados por el PCCyC-, la fecundación por una mujer sola, o por un hombre solo, la

fecundación por parte de un varón y una mujer que no aporten material genético. En cualquiera de estos supuestos el niño se vería casi imposibilitado de iniciar acciones para reclamar su filiación, ello implica destruir la unidad de sus vínculos de identidad, reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 8.1 y 8.2), produciendo una disociación de la identidad genética gestacional y social¹.

Establecer los vínculos filiatorios del niño configura una exigencia de justicia, pues la identidad personal surge de un complejo entramado donde lo biológico es presupuesto que incide en los vínculos jurídicos. Por tanto, a las objeciones de fondo de las técnicas de fecundación artificial, cabe agregar que engendrar deliberadamente un niño con una paternidad o maternidad disociadas configura un avasallamiento de su identidad y por tanto una propuesta contraria a la Constitución Nacional.

Por otro lado, no reconocer esta igual dignidad entre embriones implantados y no implantados, tal como ocurre en el Proyecto, significa introducir una discriminación injusta, prohibida por el art. 17, inc. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-: “...la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como

¹ Derecho a la identidad. Ver Fallos: C.S.J.N., “Gualtieri Rugnoni de Prito, Emma Elidia S/ Sustracción de Menores de 10 años”, 11/08/2009; Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 6 de la Capital Federal, “Franco, Rubén O. y otros S/ Sustracción de Menores de diez años”, 17/09/2012; entre otros similares.

a los nacidos dentro del mismo”, y en el mismo sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone en el art. 2 que los Estados se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas “sin hacer distinción alguna en razón del nacimiento o cualquier otra condición del niño o sus padres”.

También es importante resaltar que la norma comentada es contradictoria, en esta segunda parte, con lo preceptuado por los arts. 17 y 20 del PCCyC. Estas disposiciones reconocen el inicio de la existencia humana desde la concepción sin hacer distinción, por lo que bien los operadores jurídicos, respetuosos de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales, pueden realizar una interpretación integral en aras del reconocimiento de los derechos de los embriones concebidos dentro o fuera del seno materno.

En el Proyecto de Reforma algunos seres humanos en estado embrionario son considerados personas -los concebidos en el seno materno, o los implantados en él-, mientras que a otros, los concebidos extrauterinamente y no implantados se los soslaya, negándoles de tal modo ese *status* básico. En este último caso no queda claro cuál es el *status* o situación jurídica de estos embriones, que por tanto quedan en un estado de absoluta desprotección jurídica.

Por lo tanto nuestra propuesta es que el art. 19 quede redactado, en su totalidad, de la siguiente forma: “La existencia de la persona comienza con la concepción, sea uterina o extrauterina”.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2012.

- Centro de Bioética de la UCA.

ⁱ Comentario a cargo de Yussef Becher.

ⁱⁱ Comentario a cargo de Gabriela B. Oviedo H.