

# EL NASCITURUS: ANTECEDENTES JURÍDICOS Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

MARCELO PARMA\*

Sumario: A. La historia remota de la tradición: Roma, el cristianismo y España. A. 1. Roma. A. 2. El cristianismo. A.3. España. B. La tradición jurídica en América y en nuestra Patria. B.1. Vélez Sarsfield y el Esboço de Freitas. B. 2. El Código de Napoleón y la doctrina nacional. C. La reforma del Código Civil Argentino y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2015). C. 1. Marco normativo nacional. C. 2. El nuevo Código. D. Conclusión.

## 1. *La historia remota de la tradición: Roma, el cristianismo y España*

### 1. A. *Roma*

Nuestro legado patrio se ha nutrido desde sus orígenes del aporte fundante del Derecho romano. En tal sentido, y con relación a la condición de la “persona por nacer”, los romanos se acogieron al sistema imperante en las culturas de su época en cuanto a la atribución de personalidad jurídica de la persona física, reconociéndola y protegiéndola desde el nacimiento. Sin embargo, tuvieron una originalidad. Contemplaron la existencia de dicha personalidad, o subjetividad jurídica, desde que la persona física había sido ya concebida. A esta persona la llamaron “nasciturus”, y la reconocieron y asistieron como una realidad humana concreta (Paulo), y la consideraron existente a casi todos los efectos de la vida civil (Juliano)<sup>1</sup>.

En efecto, un pasaje de Juliano reconoce la entidad biológica y personal del nasciturus: “Los que están en el útero, se reputan en casi todo el derecho civil que son como nacidos. Porque a estos se restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer embarazada hubiere sido hecha prisionera por los enemigos, lo que hubiere nacido tiene el derecho de postliminio, y sigue también la condición del padre o de la madre. Además de esto, si una esclava embarazada hubiere sido hurtada, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, lo que hubiere nacido, como cosa hurtada, no se usucapirá”<sup>2</sup>. En un nivel igualmente significativo, Paulo dice: “El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque, antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero”<sup>3</sup>. Una gran importancia conceptual y práctica se le asigna a estos textos ya que no sólo se trata de la capacidad de suceder al padre premuerto, sino de ser cuidado como “*cosa humana*” para todas las situaciones que hagan a la conveniencia o comodidad del feto; apareciendo también la necesidad de que el *nasciturus* nazca para que tales adquisiciones se consoliden (puedan ser transmitidas o aprovechen a terceros).

La riquísima expresión paulina separa los dos aspectos de la cuestión: Ante el nonato debe verificarse una protección inmediata, actual, como la que merece cualquier humano ya nacido. Pero

---

\* El Prof. Pbro. Dr. Marcelo Parma, desempeña el cargo de Vicario Judicial en el Tribunal Interdiocesano de Mendoza.

<sup>1</sup> Como señalaba con notable acierto el Dr. Alfredo Di Pietro: «Si la *iurisprudentia* es para los romanos una ciencia, esta consistiría en la “ciencia de la justicia”, la cual no sería una ciencia abstracta y libresca, propia de doctos que estén meditando sobre lo que significa la virtud de la justicia. Por el contrario es una ciencia, entendida como conocimiento concreto de cuando nos encontramos en presencia de situaciones justas y de situaciones injustas, buscando aprobar las primeras y tratando de corregir las segundas, mediante la búsqueda de “soluciones justas”». A. DI PIETRO, *La ciencia del derecho romano*, ID. Imperio y Derecho, La Plata, 2014, 333.

<sup>2</sup> JULIANO, Digesto, LXIX, D. 1,5,26.

<sup>3</sup> PAULO, De las porciones que se conceden a los hijos de los condenados, libro único, D. 1,5,7.

paralelamente, puesto que ese amparo se brindaba considerándolo un sujeto de derecho, y que tal situación le irrogaría la posibilidad de recibir válidamente otros beneficios (legados, donaciones, herencias), se imponía brindar una solución para el supuesto (nada raro, dado el nivel científico-médico de la época) de que el niño no llegase a nacer con vida<sup>4</sup>. Rinaldi ha señalado que no se puede sostener que el derecho romano haya negado rotundamente al *nasciturus* la condición de *persona* desde la concepción<sup>5</sup>.

Numerosos pasajes del Digesto Justiniano protegieron al *nasciturus* contemplando el momento de la concepción como el de la referencia de su reconocimiento y capacidad jurídica:

- a. Protección extra patrimonial: el derecho romano penalizó el aborto<sup>6</sup>.
- b. Protección patrimonial: el *nasciturus* podía adquirir bienes por herencia, legado o donación.
- c. Protección administrativa a través de las leyes de policía: el derecho romano prohibió el entierro de una mujer embarazada hasta tanto no se extrajera el niño engendrado en ella; como también la ejecución penal de una mujer embarazada hasta tanto no diera a luz al ser concebido en ella<sup>7</sup>.

Asimismo, el derecho romano utilizó el criterio concepcionista para determinar el estado civil y libre de la persona nacida. El momento de la concepción era determinante por sobre el del nacimiento para definir las situaciones que favorecieran en tal sentido al ser nacido. Además, debe decirse, en este marco, que la célebre frase de Ulpiano: “*la persona por nacer es como una parte o una víscera de la madre*”, fue pronunciada en un contexto que exige rectificar la errónea interpretación ontológico-jurídica que se ha hecho tradicionalmente de dicho pasaje. En efecto, el jurista utilizó la referida imagen a los efectos de explicar la negación del denominado “interdicto de exhibición”, interpuesto por un esposo que reclamaba la paternidad de su hijo. La razón: porque, en efecto, el hijo no puede ser exhibido ante el magistrado (mostrado). De ninguna manera Ulpiano estaba dando una definición biológica u ontológica; sino simplemente explicando una dificultad práctica y de sentido común para negar la procedencia del interdicto solicitado<sup>8</sup>.

Muchos textos del Digesto ilustran el temperamento jurídico romano en la materia, entre ellos los siguientes:

- Prohíbe la ley (de los antiguos reyes) que la mujer embarazada sea enterrada antes que se le extraiga el feto, y el que hiciera lo contrario se considera que mató, con el entierro de la embarazada, una esperanza de vida<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> R. RABINOVICH-BERKMAN, *Derecho Romano*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, 257-258.

<sup>5</sup> N. RINALDI, El derecho romano acepta el comienzo de la existencia de las personas desde la concepción en seno materno, *Revista Brasileira de Derecho Comparado*, 1992, 122-132.

<sup>6</sup> El aborto era reprimido con pena aflictiva. Dos textos son significativos: a. D. 47,11,4. Marciano, primero de las Reglas: El divino Severo y Antonio respondieron por rescripto que la que de intento abortó, ha de ser condenada por el gobernador a destierro temporal, porque puede parecer indigno que impunemente haya defraudado a su marido en cuanto a los hijos; b. D. 48,8,8. Ulpiano, 33 *ad Edictum*: Si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el gobernador de la provincia la mandará al destierro. Ajustándose a los términos expresos de los citados fragmentos, hay quien sostiene que si la ley castiga el aborto provocado –o sea la eliminación intencional del *nasciturus* antes de que llegue a la vida separada, propia- es porque ello implica, según el criterio romano, un acto lesivo para la madre y la frustración de la *spes proliis* para el padre; por lo tanto, si así fuere, se llegaría a la conclusión de que en éste caso el derecho romano no tuvo en mira la protección del hijo; lo que parecería un error, ya que es constatable cómo aquel derecho se valió de variadas vías, directas e indirectas, para proteger al *nasciturus*, y la de la represión del aborto es una de ellas.

<sup>7</sup> D. 11,8,2; Marcelo, Digesto, libro XXVIII; Vid. E. IÑIGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, T. I., Buenos Aires, 1918, 238-239.

<sup>8</sup> Vid. R. REVELLO, *La vida, derecho humano fundamental*, UCA, 2008; y *En defensa de la vida humana inocente*, UCA, 2006; y A. BOCHATEY, *Reflexiones sobre el Aborto*, Publicado en *La Nación*, Opinión, 10 de febrero de 2004.

<sup>9</sup> D. 11,8,2; y Vid. Marcelo, Digesto, libro XXVIII.

- En cuanto a la ruptura del testamento, por el nacimiento del póstumo, no instituido heredero, se discutía si el aborto puede o no determinarla: Ulpiano se inclinó por la afirmativa<sup>10</sup>.
- El Pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, a los que todavía no habían nacido; porque también los amparó en esta parte del Edicto, poniendo al que está en el claustro materno en posesión en lugar de darle la posesión de los bienes contra el testamento<sup>11</sup>.
- Mas el que está en el claustro materno es puesto en posesión siempre que no fue desheredado, y lo que hubiere en el claustro materno habrá de ser considerado entre los herederos suyos del difunto<sup>12</sup>.
- El emperador Adriano respondió por rescripto que la mujer libre, que estando embarazada fue condenada a la última pena, paría un libre; y que se acostumbraba conservarla hasta que diese a luz el parto<sup>13</sup>.
- Asimismo escribe Labeón, que también es como hijo de senador el que nació después de la muerte de su padre. Pero el que, después que su padre fue removido del Senado, es concebido y dado a luz, opinan Próculo y Pegaso que no es reputado hijo de senador. La opinión de estos es verdadera; porque no se llamaría propiamente hijo de senador, aquel cuyo padre fue removido del Senado, antes que él naciese. Si alguno verdaderamente hubiere sido concebido antes que su padre sea removido del Senado, pero hubiere nacido después de perdida esta dignidad de su padre, hay más razón para que sea reputado como hijo de senador; pues plugo a los más que debía atenderse al tiempo de la concepción<sup>14</sup>.

### 1. B. *El cristianismo*

El cristianismo a su turno tomó el derecho romano y en su época patrística lo propuso con firmeza: Tertuliano, San Basilio el Grande, San Agustín, San Jerónimo, San Gregorio de Niza y San Máximo el Confesor, son ejemplos claros de la transmisión cristiana. Se partía de la referencia de la Biblia en su salmo 138, donde se alude a la existencia del ser humano desde su concepción<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> ULPIANO en D. 28,2,12,1; por la negativa, vid. C. 6,29,2.

<sup>11</sup> ULPIANO, Comentarios al Edicto, libro XLI. Vid. D. 37,9,1,pr. A modo ilustrativo traemos a colación algunas disposiciones del libro XXXVII: Mas el que está en el claustro materno es puesto en posesión siempre que no fue desheredado, y lo que hubiere en el claustro materno habrá de ser considerado entre los herederos suyos (37,9,1,2). Si el hijo hubiera sido aprisionado por los enemigos, su mujer embarazada ha de ser puesta en posesión de los bienes del suegro; porque hay la esperanza de que en algún caso haya de estar entre los herederos suyos lo que nace, por ejemplo, si su padre falleciera en poder de los enemigos (37,9,1,8). También es admitido a la posesión el hijo del emancipado, que está en el claustro materno (37,9,1,11). Si la mujer hubiera sido puesta en posesión en nombre del que está en el claustro materno, respondió por rescripto el Divino Adriano a Calpurnio Flacco, que se ha de diferir la acusación de adulterio, a fin de que no se le cause algún perjuicio al hijo (PAULO, De los Adúlteros, libro I, XXXVII, 9, 8). Cuando el que está en el claustro materno es puesto en posesión, se deduce como deuda lo que se gastó para alimentos del que está en el claustro materno (Ulpiano, Comentarios a Sabino, libro XV, D. XXXVII, 9, 9; El curador del que está en el claustro materno debe fijar los alimentos para la mujer, y no hace al caso que tenga dote con la que ella pueda sustentarse, porque se considera que los que en este caso se prestan, se le prestan al mismo que está en el claustro materno (Gayo, Comentarios al Edicto provincial, libro XIV, D. XXXVII, 9, 5, pr).

<sup>12</sup> D. XXXVII, 9, 1, 17.

<sup>13</sup> Digesto 1, 5, 18. ULPIANO, Comentarios a Sabino, libro XXVII.

<sup>14</sup> ULPIANO, Comentarios a la Ley Julia y Papia, libro I. Vid. A. DI PIETRO-A.E. LAPIEZA ELLI, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1979; y COSTA, José Carlos, *Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina*, XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, México, 2006, Edictum.com.ar.

<sup>15</sup> B. BIONDI, *Derecho romano cristiano*, Vol. 2, Buenos Aires, 1960, pp. 133-136. Es interesante observar que, en cuanto los cristianos se establecen en el Imperio romano, comienzan a condenar el aborto de modo categórico. Es lo que nos revela la Didaché, del siglo I. En ella se señala explícitamente el aborto como camino que lleva a la muerte espiritual (Did. 2, 2). Tertuliano es aún más enérgico cuando dice que «es un homicidio premeditado impedir que nazca (un ser humano)... Ya es

## 1. C. España

La España visigótica recibió este legado jurídico romano y cristiano y lo materializó en tres cuerpos muy importantes:

- a. El Libro de los Jueces, cuya versión final, dada por el Rey Ervigio, data del año 841.
- b. El Fuero Juzgo, que fuera la traducción del Libro de los Jueces hecha por el Rey Fernando III a la naciente lengua castellana, en el año 1421.
- c. El Libro de las Leyes, conocido como las “Siete partidas de Alfonso X” (“El sabio”), compuesta entre los años 1456 y 1465.

El primero de los cuerpos referidos acentuó la protección patrimonial del *nasciturus* (Ley 19, Título 2, Libro 4); el segundo, la protección extra patrimonial (Ley 7, Título 3, Libro 4); y el tercero fue la síntesis omnicomprensiva de los dos precedentes (Ley 3, Título 23, Partida 4)<sup>16</sup>.

La protección del *nasciturus* hoy, en el ordenamiento jurídico español se verifica en dos planos distintos. Estos dos planos son, en primer lugar, el que se designa como positivo, el cuál se encarga de reconocer su *status* y sus derechos al *nasciturus*, y en segundo lugar, el que se denomina como sancionador o represivo, y que abarca las distintas sanciones para con las conductas que, de algún modo, trasgreden el reconocimiento y la protección dispensada en el anterior.

La protección activa viene a ser el conjunto de reglas que ante la existencia en la realidad del *nasciturus* le reconoce su relevancia en el Ordenamiento y, en consonancia con ello, de alguna manera, le configura su *status* jurídico. En esta materia, son disposiciones fundamentales los arts. 29 y 30 del Código civil<sup>17</sup>. Así, se atribuye una protección genérica que abarca todos los efectos favorables, ya desde antes de su nacimiento. Se trata de un reconocimiento de todos los efectos favorables, siempre y cuando nazca, como claramente dice el art. 30, cumpliendo determinados requisitos. Con ello, el Derecho lo que hace es retrotraer al momento de la concepción la validez de todos los efectos jurídicos favorables al recién nacido

En consonancia con este sistema se encuentra la suspensión de la herencia hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta<sup>18</sup>, a la vez que

---

un hombre el que lo será» (cf. Apol. IX, S: CSEL 69. 24). Para san Basilio el aborto es un homicidio (Ep. 188, 2). Tanto él como el Pseudo Bernabé (XIX, 5) extienden explícitamente el delito del aborto no sólo a la mujer que aborta, sino también a quien la hace abortar. Para Clemente de Alejandría el aborto transforma el seno materno, cuna de la vida, como quiere el Creador, en féretro de muerte (cf. Strom. 2, 18). Para todos los Padres griegos y latinos el aborto es moralmente un pecado, dado que significa la injusta supresión de una vida humana que se encuentra desde el principio bajo la protección del amor providencial de Dios. Por consiguiente, su práctica no sólo viola el mandamiento de amor hacia el prójimo, sino también el derecho de Dios, hiriendo y destruyendo una de sus criaturas” (F. FIGUEIREDO, Obispo de Santo Amaro (Brasil), Los Padres de la Iglesia y la defensa de la vida humana, 10/5/1996, en [www.clerus.org](http://www.clerus.org) / clerus / dati / 2000-04/27-7/ Padresmana).

<sup>16</sup> T. J. ALISTE SANTOS, *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Madrid, 2011, 83-89. Vid. F. CIRINO Y HUBEÑAK, *Manual de Historia de la Cultura Occidental*, AZ Editores, Buenos Aires, 1977.

<sup>17</sup> “Art. 29) El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo siguiente.” “Art. 30) Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas totalmente desprendido del seno materno”.

<sup>18</sup> Art. 966 del Código civil.

recoge una serie de medidas de administración del patrimonio y de alimentos de la embarazada para el caso<sup>19</sup>.

Lo que evidencia toda esta normativa es que el nasciturus ya es relevante, que su existencia ya incide sobre el Ordenamiento.

Respecto de la protección sancionadora o represiva, debe decirse que significa que si se produce una trasgresión hacia la persona por nacer o hacia sus derechos, existe la correspondiente respuesta en forma de sanción, establecida en la Ley a tales efectos. Es este el ámbito en el que se presenta, quizá con mayor claridad, la protección que el Ordenamiento dispensa a muchas figuras e instituciones, ya que toda sanción conlleva en sí un componente de coacción, que lleva al sujeto a mantener una conducta de aceptación y respeto hacia la norma. Igual sucede con la figura del nasciturus que, por el mismo hecho de ser un miembro de la especie humana, no debería precisar de esta coacción legal para verse protegido, lo cual es tan lógico y deseable como ilusorio, tal y como la triste y cruda realidad nos muestra día a día. Es por ello, que también existen una serie de normas que desde un plano sancionador le protegen, y así, con ellas también se refleja nítidamente la relevancia que tiene para el Derecho.

Son dos, los ámbitos esenciales en los que se establecen las sanciones: de una parte el ámbito administrativo, y de otra el penal.

a) Protección sancionadora punitiva: esto implica acudir inicialmente al Código penal, que establece la protección al concebido y no nacido desde tres aspectos o perspectivas, de las cuales, la primera se encuentra en los preceptos dedicados expresamente al aborto<sup>20</sup>; la segunda forma de protección que se otorga al nasciturus por éste texto legal se encuentra en el apartado dedicado a las lesiones al feto<sup>21</sup>, y, finalmente, un tercer apartado con la misma orientación, recoge y castiga los delitos de manipulación genética<sup>22</sup>.

b) Protección sancionadora administrativa: en primer lugar, cabe decir que, según el texto de las Leyes de reproducción asistida y de investigación biomédica, la potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá, en lo no previsto en ella, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>23</sup>. En ambos textos el Legislador establece una serie de conductas sancionables, procediendo a una clasificación de las mismas en tres categorías: leves, graves y muy graves, a las que se les conecta directamente la sanción correspondiente en la misma norma<sup>24</sup>. Junto a ello, es de destacar que en los dos textos queda clara y coherentemente construida la mecánica de la actividad sancionadora, puesto que en ambos casos se establece que cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. Igualmente, y como denominador común, la sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, y de no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

---

<sup>19</sup> Arts. 964, 965 y 967 del Código civil.

<sup>20</sup> Código penal, Libro II, Título II, arts. 144-146.

<sup>21</sup> Código penal, Libro II, Título IV, arts. 157-158.

<sup>22</sup> Código penal, Libro II, Título V, arts. 159-162.; “Ley 14/2007 de 3 de Julio”.

<sup>23</sup> Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (B.O.E. de 27 de Mayo de 2006), Cap. VIII (Infracciones y sanciones), arts. 24-28; Ley 14/2007 de 3 de Julio, de Investigación biomédica, de 4 de Julio (B.O.E. 4 de Julio de 2007), Tit. VI (Infracciones, sanciones y compensaciones por daños), arts. 72-75).

<sup>24</sup> Ley 14/2006, de 26 de Mayo...cit.” arts. 26 (Infracciones) y 27 (Sanciones); “Ley 14/2007 de 3 de Julio...cit. arts. 74 (Infracciones) y 75 (Sanciones).

También las dos normativas señalan que las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas, se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncia sobre ellas<sup>25</sup>.

Respecto de la jurisdicción y la competencia, en materia de delitos que se puedan cometer contra el concebido y no nacido, el precepto fundamental para delimitar la competencia de los Jueces y Tribunales, es el siguiente: “Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuye la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes: 5) Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes en las siguientes materias, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en esta Ley<sup>26</sup>.

Se delimita así la competencia de los Tribunales a los que corresponderá conocer sobre los delitos sobre el concebido y no nacido, ya sea en lo referente a su derecho a la vida, ya sea en lo referente a su integridad física, al determinar cuáles son los órganos jurisdiccionales para decidir acerca de los delitos de aborto y de lesiones sobre el feto<sup>27</sup>.

## 2. La tradición jurídica en América y en nuestra Patria

### 2. A. Vélez Sarsfield y el Esboço de Freitas

La Universidad de Córdoba fue creada en nuestras tierras en el año 1613. En ese marco, y a su turno, Dalmacio Vélez Sarsfield se formó en las Ciencias Jurídicas. La formación del jurista se nutrió de una currícula de gran hondura conceptual: cosmología, lógica, metafísica, teología, derecho romano, leyes de Indias y derecho canónico<sup>28</sup>.

Hubo antecedentes patrios previos a la tarea codificadora de Vélez. Nuestro país, continuando con una tradición jurídica heredada de la legislación española ( las Leyes de Indias) que tenía una muy fuerte raigambre romanista (Las Leyes de Partidas) reconoció el derecho a la vida desde el instante mismo de la concepción y en consecuencia fue consagrado el 23 de noviembre de 1811 por el Triunvirato; también hubo un proyecto presentado por la Sociedad Patriótica en 1813 y en el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio de 1817 y las constituciones de 1818 y 1826. En la Constitución surge del artículo 33 como un derecho no enumerado anterior a cualquier constitución

---

<sup>25</sup> Vid. arts. 24 de la Ley 14/2006 de 27 de Mayo...cit” y art. 72 de la “Ley 14/2007 de 4 de Julio...cit.”.

<sup>26</sup> a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del Libro III del Código penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a de este apartado” (Art. 14 de La Ley de Enjuiciamiento criminal).

<sup>27</sup> J. L. SEVILLA BUJALANCE, La protección del concebido y no nacido en nuestro Derecho, [www.investigadores y profesionales.org /.../ Proteccion Concebido No Nacido](http://www.investigadores y profesionales.org /.../ Proteccion Concebido No Nacido). Vid. (vid. M. DEL C. CAZAROLA GONZALEZ-SERRANO, La protección jurídica del nasciturus en el ordenamiento jurídico español, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia Universidad de Almería.

<sup>28</sup> Dalmacio Vélez Sarsfield estudió en el Colegio Nacional Nuestra Señora de Monserrat de la ciudad de Córdoba, luego seguiría la carrera de derecho en la Universidad Nacional de Córdoba. Se graduó a los 22 años; fue además un aventajado estudioso de las matemáticas y las lenguas, dominando el idioma inglés, el francés, el italiano y el latín.

escrita., en razón de ello es que se considera al no nacido como un sujeto apto para ser titular jurídico de su vida<sup>29</sup>.

Vélez Sarsfield sumó a su discernimiento y elaboración personal el aporte de un gran referente del derecho romano en la región: Teixeira de Freitas. Un gran jurista brasileiro, quien junto a Clovis Bevilacqua y Javier Nabuco, formaba la escuela brasileira de “Los natalistas”. Estos juristas brasileiros habían tenido su propia tradición romana a través de las “Ordenaciones Filipinas” y las “Ordenaciones del Reino del Portugal”<sup>30</sup>.

Vélez tomó los artículos 221 y 222 del Proyecto de Freitas para el Código Civil del Brasil, y los plasmó en sus artículos 63 y 70 de su Código Civil Argentino.

Freitas había sido contundente en la defensa jurídica del nasciturus. En efecto, la tesis de la personalidad del nasciturus encuentra en el Proyecto de Freitas una definición muy clara, que incluso tendría apoyatura en las fuentes romanas. Es este un punto que nos interesa sobremanera destacar, ya que la mentada fuente se inspira en los textos romanos alusivos a la capacidad del nasciturus. En efecto, Varela señala que el artículo 70 ha sido copiado literalmente los números 221 y 222 del Proyecto de Código Civil para el Brasil, trabajado por Freitas.

El artículo 221 dice que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas, y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. El artículo 222 establece que esos derechos, sin embargo, sólo quedarán irrevocablemente adquiridos si los concebidos nacieren con vida, esto es, si la manifestasen, aunque por instantes, después de completamente separados de su madre.

Dice Freitas en su nota: “No concibo que haya ente con susceptibilidad de adquirir derechos, sin que haya persona. Si se atribuye derechos a la “persona por nacer”, como dice Savigny, en un orden especial de hechos, y si los que han de nacer son representados dándoles un “curador al vientre”, es forzoso convenir que ya existen y que son “personas”; pues la nada no se representa<sup>31</sup>. Si los que han

---

<sup>29</sup> M. KEEGAN-A. GUILLÉN, Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea. Situación Jurídica del Nasciturus: en el Derecho Romano y en la legislación Argentina, XIV Congreso latinoamericano de derecho romano, La Plata, Argentina, 2004, 7.

<sup>30</sup> Teixeira de Freitas utilizó las Ordenaciones de Filipinas promulgadas en 1603 bajo el reinado de Felipe III cfr. (J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España 1808-1889*, Universidad de Cantabria, 1992, p. 161). Vid. H. VALLADAO, *Derecho internacional privado: introducción y parte general*, Río de Janeiro, 1994, p. 223.

<sup>31</sup> Este texto de Freitas refleja con exactitud lo que, en la realidad, determinaban, tanto el Derecho Romano, como la codificación napoleónica. Estos, al haber situado el principio de la vida y la personal ida humana en el momento del nacimiento, debieron complementar esa posición con normas especiales destinadas a formular un régimen jurídico equitativo, impuesto por la realidad de los hechos. Por el contrario, el artículo 221 del Esbozo mantiene una coherencia perfecta, ya que señala que el ser concebido pero no nacido es persona y, sobre esa base, lo reconoce como titular de algunos derechos subjetivos. Cfr. (F. VIDELA ESCALADA, *Los derechos de la persona por nacer*, Buenos Aires, 1993, 78). Savigny sostiene que la capacidad natural comienza en el instante en que el nacimiento completo se verifica; pero antes de él hay un tiempo bastante largo, durante el cual el infante vive ya, si bien no por sí, sino dependiente e íntimamente ligado a la existencia materna. Y se pregunta Savigny: ¿Cómo considera esta vida el derecho? ¿Cuáles son en tal materia los verdaderos principios que deben regirla? Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que, durante la gestación, el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras que otros, por el contrario, le asimilan al infante ya nacido. Esta última regla, atentamente considerada, hace desaparecer toda contradicción. La primera expresa la realidad de las cosas en un estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite. Si pues, presentando la cuestión en general, se pregunta cuál es la capacidad del no nacido aún, la solución es evidente: no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos; no es persona cuya representación sea necesaria o posible; no necesita tutor ni se le llama pupilo. La ficción, por el contrario, se ocupa de la vida futura del infante, y lo hace bajo un doble concepto: le protege por la sanción de las leyes y le

de nacer, dejan de ser personas por la imposibilidad de obrar; tampoco son personas los menores impúberes, al menos hasta cierta edad. Además, como señala Rivera, en la nota al artículo 221 Freitas sostiene que si los que deben nacer no son personas, ¿por qué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria?, ¿por qué motivo se pune el aborto?, ¿por qué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso de que merezca dicha pena sino cuarenta días después del parto?”<sup>32</sup>.

## 2. B. *El Código de Napoleón y la doctrina nacional*

En el Código de Napoleón el legislador adoptó una posición y se vio obligado a complementarla con disposiciones que no guardan coherencia con aquella, pero que se hicieron indispensables para alcanzar un régimen lógico y equitativo. Para esta ley, la vida de la persona humana comienza con el nacimiento; pero de inmediato se presentaron las mismas dificultades que habían surgido en el Derecho Romano, y el Código debió corregir las consecuencias negativas de la adopción de esa tesis mediante normas que responden a la línea de pensamiento opuesta, es decir, que se coordinan adecuadamente con la posición que admite que la vida y, por ende, la personalidad, comienza con la concepción<sup>33</sup>. También aquí el tema que exigió esta complementación fue el relativo al fallecimiento del padre después de la concepción y antes del nacimiento del hijo. Evidentemente era injusto que el hijo póstumo quedara excluido de la sucesión del padre y se consideró que otro tanto ocurría si se prohibía que recibiera donaciones. De ahí que el artículo 906 disponga expresamente: “*Para ser capaz de recibir (por donación) entre vivos, es suficiente estar concebido al momento de la donación. Para ser capaz de recibir por testamento, basta estar concebido al tiempo del fallecimiento del testador*”. Y se complementaban estas expresiones con la siguiente exigencia: “*Sin embargo, la donación o el testamento sólo tendrán efecto en caso de que el niño sea viable al nacer*”. No es necesario un comentario extenso para poner de relieve la contradicción existente entre fijar el comienzo de la vida en el momento del nacimiento y admitir que el ser concebido y no nacido sea titular de derechos hereditarios o del originario por una donación entre vivos. ¿Cómo puede explicarse que esos bienes o derechos fueran adquiridos por alguien que todavía no tendría vida ni, por consiguiente, personalidad, o lo que es lo mismo carecería de la capacidad necesaria para adquirir derechos? Es evidente que la última norma mencionada, el artículo 906 del Código Francés, sólo se explica y justifica como reconocimiento de la existencia a partir de la concepción. En la misma contradicción incurren los Códigos que siguieron la orientación del Código Francés<sup>34</sup>. Fijar el comienzo de la vida y de la personalidad en el día del nacimiento implica desconocer una realidad, la existencia de la persona a partir de la concepción, y obliga a dictar disposiciones tendientes a remediar la falla esencial que resulta de la aplicación de la pauta elegida.

---

marca los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento; y de este modo creada en su interés, a él sólo también aprovecha. Su vida está amparada por leyes penales y de policía: las primeras castigan a la madre que intenta el aborto, y a aquellos que le favorecen en su propósito; las segundas cuentan entre sus prescripciones la ley real que ordena, una vez muerta la mujer, abrir su cuerpo para salvar la criatura, y las que más tarde mandaron diferir hasta el parto la aplicación de la pena de muerte o del tormento a la mujer encinta cfr. (F. C. SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, Trad. por Jacinto Mesía y Manuel Poley; y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Madrid, 2009, T. I, pp. 278-280.).

<sup>32</sup> El artículo 221 del Esboço mantiene una coherencia perfecta, ya que señala que el ser concebido pero no nacido es persona y, sobre esa base, lo reconoce como titular de algunos derechos subjetivos cfr. (F. VIDELA ESCALADA, *Los derechos de la persona por nacer*, Buenos Aires, 1993, 78). Vid. L. VARELA, *Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, 1873, pp. 187-189; S. PAUTASSO, Estudio acerca de la condición jurídica del nasciturus en el derecho romano, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo I, Córdoba, 1994, p. 130) y J. C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, dos volúmenes, Buenos Aires, 1997, 326 y 327.

<sup>33</sup> F. VIDELA ESCALADA, *Los derechos de la persona por nacer*, Buenos Aires, 1993, 76.

<sup>34</sup> F. VIDELA ESCALADA, *Los derechos de la persona por nacer*, Buenos Aires, 1993, 77.

La doctrina nacional se ha movido más bien en una línea negatoria respecto de la capacidad del *nasciturus*: Llerena sigue al pie de la letra a Savigny. Machado enseña que el no nacido no es persona, pero como debe serlo en el porvenir, la ley no puede desampararlo, y así como lo protege para que no se atente a su existencia, debe hacerlo en los casos que haya de recibir bienes. Para Salvat, en el concepto vulgar la existencia de las personas principia con el nacimiento, y hasta entonces, aunque el ser humano viva ya en el seno materno, se le considera como una parte del cuerpo de la madre. Segovia, al igual que Llerena, hace suya la nota del codificador al artículo 70 del Código Civil Argentino. Guastavino insiste en la interpretación excluyente del *pars viscerum matris*; señalando que la atribución de capacidad está condicionada a que el *no nacido* sea dado a luz y que esté totalmente desprendido del seno materno. Ossorio y Florit enseña en sus *Comentarios al Código Civil*, que la nota del codificador al artículo 70, siguiendo a Savigny, expone la doctrina romana respecto al *status jurídico* del *nasciturus*<sup>35</sup>. Sin embargo, el autor trae a colación algunas opiniones de la doctrina nacional, las cuales dejan abierta una consideración más amplia de la personalidad del *nasciturus* aun en el mismo derecho romano. Busso consigna como principio que la personalidad jurídica comienza a partir del momento de la concepción. Contrariamente a la opinión de Orgaz (en el sentido de que la condición de persona se inicia con el nacimiento, no debiendo incurrirse en el error de Freitas y del codificador, que asimilan las ideas de vida humana y de persona humana), el sistema del Código es en teoría consecuente con los principios en que se formaba el concepto de la personalidad, ya que todo derecho supone un sujeto al cual le está reservado, sin que a ello obste la ignorancia temporaria de quién haya de ser titular, pues cuando alguien puede invocar el amparo de la justicia, ese alguien es una persona. Y concluye: La diferencia tiene un valor teórico, pues aun los Códigos que niegan personalidad al no nacido han tenido que crear la ficción de que se le considere como nacido para todo aquello que le beneficie<sup>36</sup>. Rivera sostiene que el derecho romano protegía la vida concebida en el seno materno mediante ciertas medidas, como las autorizadas por nuestro Código Civil en su artículo 67 (*viejo Código*); y por los demás, si el niño nacía con vida, su existencia se computaba, en cuanto a sus derechos, desde el momento de la concepción<sup>37</sup>. Además, si bien en los códigos decimonónicos, tributarios de las enseñanzas de Savigny, sostenían la regla de la “tradicón romana”, han tenido que reconocer la adquisición de derechos y por ende una cierta capacidad jurídica en estos sujetos que se encuentran concebidos pero aun no nacidos, v. gr: Código de Napoleón, arts. 725 y 906; Alemán, art. 1; Italiano, art. 1; Mexicano, art. 2; Venezolano, art. 17; Español, art. 29. Se ha achacado a esta concepción (entiéndase a la de la supuesta “tradicón romana” y la de Savigny) incurrir en una grave incoherencia, pues se otorgan derechos sin que exista sujeto, sin que exista una persona que sea soporte de ellos<sup>38</sup>.

### 3. *La reforma del Código Civil Argentino y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2015)*

#### 3. A. *Marco normativo nacional*

El plexo normativo vigente en nuestro país reconoce que la existencia de la persona comienza en el momento de la concepción.

---

<sup>35</sup> M. OSSORIO Y FLORIT, *Código Civil y leyes complementarias (anotados, comentados y actualizados)*, I, La Plata, 1972, 73. Vid. J. M. GUASTAVINO, *Notas al Código Argentino*, cuatro tomos, Buenos Aires, 1898.

<sup>36</sup> M. OSSORIO Y FLORIT, *Código Civil y leyes complementarias (anotados, comentados y actualizados)*, I, La Plata, 1972, 74.

<sup>37</sup> J. C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, I, Buenos Aires, 1997, 325.

<sup>38</sup> J. C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, I, Buenos Aires, 1997, 326.

a) A nivel constitucional, el art. 75 inc. 23 reconoce la personalidad del niño por nacer durante toda la extensión del embarazo.

b) Por su parte, los tratados internacionales que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional” (cfr. art. 75 inc. 22) reconocen la personalidad del ser humano desde la concepción: “Todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad” (ley 23.849 - Convención de los Derechos del Niño); Arts. 1 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 6 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

c) Distintas Constituciones Provinciales reconocen que la existencia de la persona comienza en la concepción: Buenos Aires (art. 12°); Catamarca (art. 65° inc. 3); Chaco (art. 15° inc. 1); Chubut (art. 18° inc. 1); Córdoba (arts. 4° y 19° inc. 1); Formosa (art. 5°); Salta (art. 10°); San Luis (arts. 13° y 49°); Santiago del Estero (art. 16°); Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur (art. 14° inc. 1); Tucumán (arts. 35° y 125°).

d) Otras leyes que reconocen este “comienzo” son, por ejemplo, la ley 24.901 que establece el sistema de prestaciones para las personas con discapacidad y en su art. 14 afirma: “La madre y el niño tendrán garantizados desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social”. También el art. 9 de la ley 24.714 de Asignaciones Familiares dispone: “La asignación prenatal consistirá en el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abonara desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo. Por su parte, la ley 25.543 establece la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana, a toda mujer embarazada como parte del cuidado prenatal normal, para dar posibilidad de tratamiento a la madre y a su “hijo por nacer” (art. 3). Finalmente, el Código Penal en su libro II, título I tipifica los delitos contra las personas y dentro de este título, en el capítulo I (delitos contra la vida), se encuentran contenidas las normas que reprimen el aborto<sup>39</sup>.

### 3. C. *El nuevo Código*

El código civil fue reformado en una suerte de *reformatio de integro*, y comenzó a regir a partir del 1 de agosto del 2015<sup>40</sup>. En su artículo 19 mantiene la “concepción” como el comienzo de la existencia de la persona humana<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> La jurisprudencia penal nacional ha reconocido el valor de la vida humana desde la concepción a la hora de establecer la justificación y los alcances de la reparación de perjuicios prevista en el Título IV del Código Penal Argentino, artículos 29 a 33. Vid. CNCiv., F. de O. c/ Empresa Lope de Vega SACI y otros s/sumario, c. 037452); M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Daños a las personas. Pérdida de la vida humana*, Hammurabi, t.2, 285 y ss, Cap. VIII); J. H. BUSTAMANTE ALSINA, El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por homicidio, en ED 124-654, Cap. III); CNCiv., sala E, 17-5-91, Expediente acumulado: S. de D. A. c/G., M.A. s/sumario, del 17-5-91; P., L.J. y otra c/G., M.A. y otros s/accidente de tránsito, c. 081244, Cfr. E. A. DONNA; J. E. DE LA FUENTE; M. C. MAIZA; R. G. PIÑA, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Tomo I Arts. 1 a 78 bis, Buenos Aires-Santa Fe, 2003, pp. 240-242.

<sup>40</sup> Legislación comparada:

1. Código Civil Uruguayo: “Son personas todos los individuos de la especie humana” (art. 21).

2. Código Civil Boliviano: I. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad. II. Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida (art. 1).

3. Código Civil Chileno: La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás (art. 74).

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento (art. 75).

De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde

Empero dos cosas deben señalarse a efectos de preservar la tradición conceptual y práctica del concepto:

a. Concepción es sinónimo de fecundación. Empero, el caso *Artavia Murillo y Otros c/ Costa Rica*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado otra cosa, a saber: que concepción es equivalente a anidación (Cfr. “*Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*”; “*López Aranda y otros c/ Costa Rica*”; “*Cardenas Padilla y otros c/ Costa Rica*”).

La propuesta de la Corte Interamericana ha tenido el siguiente *iter*:

En 1987, el Poder Ejecutivo de Costa Rica reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV); en el año 2000, el decreto del Ejecutivo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de ese país; ese tribunal consideró que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. El resultado de esa decisión judicial fue la prohibición de la práctica.

En 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica; dijo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia.

La Corte ratificó, pues, que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, pero fue más allá, ya que al analizar el art. 4.1 de la Convención y la naturaleza del embrión, ingresó en un terreno sensible como es la interrupción del embarazo.

La Corte dejó sentado lo siguiente:

1. Expresó enfáticamente que los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear<sup>42</sup>.

---

la medianoche en que principie el día del nacimiento (art. 76).

Los derechos que se defirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2., pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido (art. 77).

4. Código Civil Peruano: La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo (art. 1).

5. Código Civil Brasileiro: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1). A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2).

<sup>41</sup> En la redacción inicial de este artículo se había hecho una discriminación entre los concebidos en el seno materno y los embriones concebidos por técnicas de reproducción asistida. Luego de la gran cantidad de ponencias presentadas para reformar ese texto inicial en el marco de las audiencias públicas convocadas por la Comisión Bicameral, se modificó el artículo citado. La redacción final aprobada y que hemos transcrita unifica el comienzo de la existencia de la persona en el momento de la concepción, sin distinciones según el lugar o la forma de concepción. Si bien algunas posturas sostienen que la expresión “concepción” debe entenderse como referida al momento de la “implantación” de los embriones en el seno materno, ello no se desprende del sentido original del término, ni de una interpretación sistemática del nuevo Código, ni de la tradición jurídica de nuestro país ni de las evidencias científicas. La expresión “concepción” equivale al momento de la fecundación (LAFERRIERE, Jorge Nicolás, *El nuevo código civil y comercial y la bioética*, Vida y Ética Año 16, N° 2, diciembre 2015, p. 88. Año 16 / No 2 / Diciembre de 2015).

<sup>42</sup> Se suma como antecedente en la materia la decisión de fecha 1° de abril de 2010, de la sección primera del Tribunal

2. Interpretó el término «concepción», contenido en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a «anidación».

Por lo tanto, se reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un «ser humano»; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado. «Concepción» presupone, pues, existencia dentro del cuerpo de una mujer. Prueba de esta conclusión es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se produce una hormona detectable únicamente en una mujer que tiene un embrión anidado.

3. Afirmó que un embrión no implantado, o sea, un embrión *in vitro*, no es persona y agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. Es decir, la protección del derecho a la vida «desde la concepción», mencionado en el art. 4 de la Convención, se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión.

Empero, la embriología, la genética, la biología y la medicina no homologan la visión de la Corte Interamericana. Para la ciencia, y la consiguiente tradición jurídica, “concepción” es igual a “fecundación”.

La Academia Nacional de Medicina ha dicho oficialmente al respecto en su declaración aprobada por el Plenario Académico realizado el 30 de septiembre de 2010:

*“La ética y el juramento médico defienden al niño por nacer y toda vida.*

*Frente a algunas manifestaciones recientes a favor de legalizar el aborto que se han difundido en los medios, la Academia Nacional de Medicina quiere recordar principios básicos de la ciencia y la práctica médicas que obligan y vinculan a todos los profesionales del país.*

*La salud pública argentina necesita de propuestas que cuiden y protejan a la madre y a su hijo, a la vida de la mujer y a la del niño por nacer. La obligación médica es salvar a los dos, nada bueno puede derivarse para la sociedad cuando se elige a la muerte como solución. Si el aborto clandestino es un problema sanitario corresponde a las autoridades tomar las mejores medidas preventivas y curativas sin vulnerar el derecho humano fundamental a la vida y al de los profesionales médicos a respetar sus convicciones. Por ello, La Academia Nacional de Medicina considera:*

*Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país.*

*Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano.*

*Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana*

---

Europeo de Derechos Humanos, que condenó a Austria por su legislación que prohíbe la fertilización in vitro (FIV) con donación de gametos. Esta resolución contó con dos votos particulares -de los siete de la sala- en contra. La recta praxis médica y su visión ética rechazan el pretendido “derecho a tener un hijo” señalaron los votos en disidencia. No se puede tener la expectativa procreativa “a como dé lugar”. Hay una dignidad personal y vincular que no puede soslayarse. El ser humano tiene derecho a ser generado como una persona, y no a ser “producido” como un objeto (despersonalización). Vid. REINOSO FLORES, Diego Adrián, La dignidad del concebido en la sentencia de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo, Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana, 12<sup>a</sup>, 2016, Buenos Aires; y SAMBRIZZI, Eduardo. A., La maternidad subrogada (gestación por sustitución) [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>.

*como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento.*

*Que el derecho a la "objeción de conciencia" implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (Art.14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional) ”<sup>43</sup>.*

b. La República Argentina ha hecho una reserva a la Convención de los Derechos del Niño, por la que establece que por niño se entiende “todo ser humano desde la concepción hasta los dieciocho años”. La Argentina no ha hecho más que acogerse a una de las posibilidades que establece la Convención de Viena de 1969 sobre los Tratados internacionales. Algunas voces contemporáneas dicen que la “reserva” argentina es una simple “declaración” y no una reserva como tal<sup>44</sup>.

Se lee en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: 1. Alcance de la presente Convención. La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados; 2. Términos empleados:

a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular; (...)

d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;

*Ley 23.849 (16 de octubre de 1990):*

Artículo 1°: “Apruébase la convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos de América) el 20 de noviembre de 1989, que consta de cincuenta y cuatro (54) artículos, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley”.

Artículo 2°: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: La República Argentina hacer reserva de los Incs. b), c), d) y e) del art. 21 de la convención sobre los derechos del niño y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.

Con relación al art. 1° de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> La Academia Nacional de Medicina nace a poca distancia del amanecer de la patria. Fue creada por Bernardino Rivadavia, entonces Ministro de Gobierno de Martín Rodríguez, en 1822 y es la más antigua de América. El decreto de su creación, que data del 9 de abril de 1822, fue denominado "Arreglo en la Medicina". Es una entidad rectora en medicina. Su historia se inicia a la par de la enseñanza universitaria de la medicina en el país. Su larga trayectoria es el resultado de los afanes y del esfuerzo de quienes contribuyeron y contribuyen con su acción y su trabajo al progreso y la dignidad del arte médico.

<sup>44</sup> Otra tendencia es la revisar y retirar las reservas oportunamente hechas: “En un informe del año 2004 se señala que existe recientemente una tendencia orientada a revisar y retirar las reservas. Según este informe siete países las han retirado y cuatro lo han hecho sólo en parte. No se indica de qué países se trata. Cfr. Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child, cit. supra nota 5, Summary Report, pág. 4. Sobre el estado actual de las ratificaciones y reservas la información más actualizada, en inglés, puede encontrarse en la página WEB del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos (Cfr. BELOFF, Mary, Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina, en *Jura Gentium*, www. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale).

<sup>45</sup> Como ejemplo, puede señalarse que el gobierno de la República Islámica de Irán reservó el derecho de no aplicar la

Es evidente que la Argentina ha hecho una reserva de incuestionable valor jurídico<sup>46</sup>.

#### 4. *Conclusión*

La tradición jurídica occidental nos ha dejado una referencia humanitaria insoslayable. Las fuentes normativas sobre el reconocimiento y la protección de la vida siguen expresando lo mejor de nuestro ideario humano, espiritual y científico, por lo que, los desafíos pendientes debieran contar en nuestra patria con la base de este legado primordial, permitiéndonos concretar, dentro de su marco, el resto de nuestras aspiraciones individuales y colectivas.

#### **Bibliografía**

AGUILERA, Pablo, *En la frontera vida/muerte*, 1990, Eunsa, España.

ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Madrid, 2011, pp. 83-89.

BELOFF, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina*, en *Jura Gentium*, www. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale.

BIONDO BIONDI, *Derecho romano cristiano, II Tomos*, Buenos Aires, 1960.

BOCHATEY, Alberto, O.S.A, *Reflexiones sobre el Aborto*, Publicado en *La Nación*, Opinión, 10 de febrero de 2004.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, María del Carmen, *La protección jurídica del nasciturus en el ordenamiento jurídico español*, Profesora Titular (I.) Derecho Civil URJC. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*) Universidad de Almería; España.

CIRIÑO Y HUBEŇAK, Florencio, *Manual de Historia de la Cultura Occidental*, AZ Editores, Buenos Aires, 1977.

COSTA, José Carlos, *Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina*, XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, México, 2006,

---

CIDN en tanto ella resulte incompatible con el derecho islámico y la legislación interna del país. Reservas equivalentes - relativas a la CIDN in totum o algunos de sus artículos- fueron efectuadas por Kuwait, Mauritania, Qatar, Arabia Saudita, etc. Algunos Estados formularon objeciones a tales reservas sobre la base de que ellas resultan incompatibles con el objeto y fin del tratado y contradicen el principio de derecho internacional según el cual los Estados no pueden invocar las provisiones de su derecho interno como justificación para su fracaso en cumplir con las cláusulas convencionales ratificadas. A tal efecto pueden citarse las objeciones deducidas por Eslovaquia respecto de la reserva efectuada por Qatar, por la entonces Checoslovaquia respecto de la reserva de Kuwait, por Dinamarca respecto de Djibouti, Pakistán, Siria, Qatar, Botswana, Brunei Darussalam, Arabia Saudita, Singapur e Indonesia, por Finlandia respecto de Jordania, entre otros (Cfr. BELOFF, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina*, en *Jura Gentium*, www. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale).

<sup>46</sup> Los analistas críticos de las "reservas" argentinas han reconocido siempre la existencia "técnica" de las mismas: La ley 23.849 contiene tres artículos que establecen las condiciones de vigencia de la CIDN para el derecho interno. Por un lado, el Congreso Nacional hizo reserva de los incisos b), c), d) y e) del art. 21 referidos a la adopción internacional y manifestó que para que rijan esos incisos en el país debería existir "un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta" (BELOFF, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina*, en *Jura Gentium*, www. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale).

Edictum.com.ar.

DI PIETRO, Alfredo, La ciencia del derecho romano, en ID., Imperio y Derecho, La Plata, 2014.

DI PIETRO, Alfredo – LAPIEZA ELLI, Ángel, Manual de Derecho Romano, Buenos Aires, 1979.

DONNA, E. A.; DE LA FUENTE, J. E.; MAIZA, M.C.; PIÑA, R.G, El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia, IV Tomos, Buenos Aires-Santa Fe, 2003.

FIGUEIREDO, Fernando, Obispo de Santo Amaro (Brasil), Los Padres de la Iglesia y la defensa de la vida humana, 10/5/1996, en [www.clerus.org / clerus / dati / 2000-04/27-7/ Padresmana](http://www.clerus.org/clerus/dati/2000-04/27-7/Padresmana).

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Barcelona, 1889.

GUASTAVINO, J. M., Notas al Código Argentino, cuatro tomos, Buenos Aires, 1898.

IÑIGUEZ, Eusebio, Comentarios al Código Civil, II Tomos, Buenos Aires, 1918.

KEEGAN, Mirta – GUILLÉN, Andrés, Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea. Situación Jurídica del Nasciturus: en el Derecho Romano y en la legislación Argentina, XIV Congreso latinoamericano de derecho romano, La Plata, Argentina, 2004.

LAFERRIERE, Jorge Nicolás, El nuevo código civil y comercial y la bioética, Vida y Ética Año 16, N° 2, diciembre 2015, Año 16 / No 2 / Diciembre de 2015.

OSSORIO Y FLORIT, M, Código Civil y leyes complementarias (anotados, comentados y actualizados), tomo I, La Plata, 1972, 73.

PAUTASSO, Silvino, Estudio acerca de la condición jurídica del nasciturus en el derecho romano, en Anuario de Derecho Civil, Tomo I, Córdoba, 1994; y vid. en Portal de revistas, Biblioteca digital, UCC, 2015.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina, Derecho de Familia en el Derecho Romano, Buenos Aires, 1970.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, Derecho Romano, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005.

REINOSO FLORES, Diego Adrián, La dignidad del concebido en la sentencia de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo, Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana, 12ª, 2016, Buenos Aires.

REVELLO, Rubén, ¿Es lícito suspender los líquidos a una persona en estado vegetativo o de mínima conciencia?, UCA, 11 de junio de 2013.

REVELLO, Rubén, La vida, derecho humano fundamental, UCA, 2008; y En defensa de la vida humana inocente, UCA, 2006.

RINALDI, Norberto, El derecho romano acepta el comienzo de la existencia de las personas desde la

concepción en seno materno, Revista Brasileira de Derecho Comparado, 1992.

RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, dos volúmenes, Buenos Aires, 1997.

SAMBRIZZI, Eduardo. A., La maternidad subrogada (gestación por sustitución) [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: [http:// bibliotecadigital.uca.edu.ar / repositorio / contribuciones / maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf](http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf).

SAVIGNY, Federico Carlos., Sistema del Derecho Romano Actual, IV. Tomos, Trad. por Jacinto Mesía y Manuel Poley; y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Madrid, 2009.

SCHULZ, Fritz, Derecho Romano Clásico, Barcelona, 1960.

SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis, La protección del concebido y no nacido en nuestro Derecho, Profesor de Derecho civil de la Universidad de Córdoba; en [www.investigadores y profesionales.org](http://www.investigadoresyprofesionales.org) /.../ Protección Concebido No Nacido.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1996.

VARELA, Luis, Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino, dos tomos, Buenos Aires, 1873.

VIDELA ESCALADA, Federico, Los derechos de la persona por nacer, Buenos Aires, 1993.