

COMISIÓN N° 12 – INTERDISCIPLINARIA

Autor: Gabriel M. Mazzinghi¹

Resumen: Los arts. 561 del C.C.C. y 7 de la ley 26862 deben ser declarado inconstitucionales, pues son incompatibles con los arts. 19, 51 y 52 del C.C.C. y otras normas de superior jerarquía y resultan gravemente discriminatorios. La persona humana no es “revocable”.

1.- Inclusión del tema en esta Comisión n° 12

Lo primero que –entiendo- debemos fundamentar en la presente ponencia, es la razón de ser de su inclusión en la presente Comisión n° 12 del Congreso, destinada a **cuestiones interdisciplinarias**, vale decir que caen bajo la consideración de varias disciplinas.

Cada vez más la comprensión cabal de las cuestiones jurídicas nos exigen un abordaje que va “más allá” del derecho propiamente dicho, de manera que con frecuencia, para poder dar una respuesta sólida y fundamentada de cualquier cuestión jurídica, debemos establecer puentes con otras ramas del saber: la economía, la contabilidad, la medicina, la psiquiatría, el servicio social, la psicología, etc.

La presente ponencia ha de estar referida a una cuestión técnicamente jurídica – ya que postula **la declaración de inconstitucionalidad de una norma del Código** – pero a la vez directamente vinculada a otras dos disciplinas: **la biología y la moral**; o, si se quiere a una ciencia que de algún modo las comprende, que es la bioética (lo que podríamos decir: la ciencia de la vida a la luz de los principios éticos).

En virtud de ello, entiendo que debería tener cabida en el marco de la presente comisión interdisciplinaria.

2.- Comienzo de la persona humana desde la concepción

¹ Profesor Adjunto del Departamento de Derecho privado – Orientación Derecho Civil I – Universidad de Buenos Aires

Por lo pronto, veamos inicialmente la cuestión circunscripta al ámbito del derecho, cuyas normas deben conformar un “todo” integrado y coherente.

Punto de partida de esta ponencia, resulta lo establecido de manera clara y taxativa por el **art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial**, que dice:

“Comienzo de la Existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.”

Producida la concepción en el momento en que se unen la célula masculina (el espermatozoide) y la femenina (el óvulo), estamos en presencia no solo de “vida humana”, sino de una **“persona humana”** que ha de merecer, por parte del ordenamiento jurídico, todo el respeto que corresponde a su esencia y a su dignidad.

La afirmación anterior podría parecer una cierta obviedad, pues equivale tanto como decir que “una persona humana es una persona humana”, pero conviene remarcar la idea por lo que se dirá después.

El **art. 19 C.C.C.** transcrito tiene su correlato en lo establecido por los **arts. 51 y 52** del mismo Código.

El primero de los nombrados dice: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, mientras el art. 52 establece que la persona humana cuya dignidad resulte menoscabada de cualquier modo, “...puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”

Nos parece que al establecer la ley la inviolabilidad de la persona humana y exigir en cualquier circunstancia el reconocimiento y el respeto de su dignidad, refuerza (si es que hiciera falta) el respeto y el reconocimiento de la vida misma de toda persona humana, pues **la vida es el sustrato natural de cualquier forma de respeto.**

Dicho de otro modo: sería un contrasentido decir que se respeta a la persona humana, cuando no se respeta lo más primario y básico que ella tiene, que es su vida misma.

Por su parte, **los Tratados y Convenciones Internacionales** suscriptos por

nuestro país, protegen de igual modo la vida humana desde el momento de la concepción.- Y tienen, en nuestro sistema jurídico la validez y la jerarquía que las equipara a las normas constitucionales, tal como lo establece el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

La **Convención de los Derechos del Niño** incorporada a nuestro sistema legal por la ley 23.849 establece:

“...Se entiende por niño **todo ser humano desde el momento de la concepción...**” Por su parte la **Convención Americana de Derechos Humanos** en su art. 4º inc. 1º dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley **a partir del momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”

Este plexo de normas - solo citamos las de mayor jerarquía, pero existen otras en el ámbito civil y penal, en el mismo sentido- permiten inferir con toda convicción que **el sistema jurídico argentino defiende el valor de la vida humana y de la persona humana desde el momento mismo de la concepción**, y en esto ha de basarse, fundamentalmente, la presente ponencia que postula la inconstitucionalidad de normas que contrarían a las anteriores en materia tan importante y grave.

La persona humana no es “revocable”, y la vida de una persona, que ya ha sido creada y vive en estado embrionario, no puede depender de la voluntad de otra, pues eso sería considerar a la persona – sujeto de derecho -, como un objeto.

3.- La inconstitucionalidad del art. 561 C.C.C.

La norma cuya **inconstitucionalidad propiciamos** que declare estas Jornadas de Derecho Civil, es **el art. 561 del nuevo Código**.

Es interesante, como elemento de análisis, ver de qué modo se llegó a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, en la materia que nos ocupa.

Anteproyecto: Es sabido que el **Anteproyecto** final del nuevo Código tenía una concepción radicalmente distinta a la que terminó por sancionarse; concretamente el Anteproyecto del año 2012 establecía: “La existencia de la persona humana comienza

con la concepción **en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer...**”

Claramente, el **Anteproyecto** determinaba la existencia de **dos categorías de embriones**: 1.) Los concebidos en el seno materno, que merecían protección legal, y 2.) Otros embriones concebidos por técnicas de reproducción asistida, que recién merecían protección legal luego de la implantación en la mujer.

Esta norma permitía tácitamente la manipulación, el descarte, la experimentación científica respecto de **estos embriones que la ley, sin decirlo expresamente, no consideraba personas humanas.**

La norma proyectada (junto con otras que admitían la posibilidad del alquiler de vientres o la maternidad subrogada) mereció innumerables críticas desde lo ético, lo filosófico, lo biológico y lo jurídico, en razón de lo cual no llegó a sancionarse.

El nuevo Código sancionado. Finalmente el Código Civil y Comercial se apartó de lo proyectado y terminó por consagrar un precepto claro y rotundo que parecería cerrar el tema, en su ya recordado art. 19: **“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”**.

Pero la norma mencionada – el art. 561 C.C.C.- que había sido estructurada – con coherencia - sobre la base de las normas proyectadas a las que nos hemos referido (y que no llegaron a sancionarse) subsistió en el articulado del Código.

Vale decir: si el Código se hubiera sancionado tal como el Anteproyecto preveía –estableciendo **dos clases de embriones** y atribuyéndole el carácter de persona humana solamente al embrión implantado en el seno de la madre- el art. 561 tenía algún sentido, pero al haberse establecido – de acuerdo con los datos de la biología- que **todo embrión humano es persona, y que ello es así desde el momento mismo de la concepción, el la norma mencionada deviene incoherente con nuestro sistema jurídico, y por lo tanto inconstitucional.**

Pues su aplicación determinaría que la persona humana resultara “revocable” y que el derecho al arrepentimiento que dispone dicha norma, dejara a los embriones

congelados en una suerte de limbo “sine die”, lo que resulta claramente inaceptable desde el punto de vista del debido respeto al derecho a la vida y a la dignidad humana.

Igualmente inconstitucional resulta lo establecido, de manera semejante, en el art. 7 de la ley 26.862, sobre “Reproducción médicamente asistida”.

Ambas normas chocan abiertamente contra el respeto a la persona humana que establecen con claridad los arts. 19, 51 y 52 del Código Civil y Comercial, y los Tratados y Convenciones internacionales.

4. La biología y la bioética, tienen algo que decir.

Dejando por un lado las cuestiones jurídicas, sobre las que luego volveremos, nos parece que la biología y la bioética tienen algo –y algo importante- que decir acerca del tema.

Sin que corresponda profundizar científicamente estos temas en estas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y aun con un conocimiento un tanto superficial en la materia, nos parece que puede afirmarse que, desde el punto de vista biológico, **es incuestionable que el embrión, producto de la unión de las células o gametos del varón y de la mujer, es un embrión humano, que está vivo, que pertenece a la raza humana y que presenta desde el punto de vista genético un código (ADN) propio e irrepetible.**

Es perfectamente congruente, pues, que el C.C.C. establezca de manera clara que, en cualquier fase de su desarrollo, **ese embrión ya es, desde su concepción, una persona humana, y ha de gozar, por tanto, de toda la protección que el derecho le brinda a la persona humana:** a su vida y a su dignidad, pues esta última no se entiende sin aquella.

A lo largo de su vida intrauterina (de ordinario, por el lapso de nueve meses, a veces menos) el embrión irá completando su desarrollo hasta nacer del vientre de su madre.

Esta es la historia de cada uno de nosotros, participantes de estas Jornadas de Derecho.

No hay demasiado que discutir al respecto, no es una cuestión jurídica, ni ideológica, sino que es **una cuestión que parte de una realidad biológica, que se impone objetivamente con toda claridad.**

Como explicó con lucidez **Jérôme Lejeune** (Paris, 1926-1994), **padre de la Genética moderna**, Miembro de la Academia de Ciencias de Suecia, de la Académie des Sciences Morales et Politiques de Francia, de la Académie Nationale de Médecine de Francia, de la Academia Estadounidense de las Artes y de las Ciencias, de la Academia Pontificia de Ciencias, de la Academia Pontificia para la Vida "... **en el A.D.N. del embrión está ya presentetoda la constitución de la persona**: sistema nervioso, brazos, piernas, incluso el color de sus ojos. Y en el estadio de tres células, que se produce inmediatamente después de la fecundación, el individuo es ya único, rigurosamente diferente de cualquier otro: "El huevo fertilizado es la célula más específica que existe en el mundo. (...) Nunca se ha dado antes y no se dará de nuevo nunca más; es una novedad absoluta...".

Y explica con fundamento científico, en otros pasajes de una de sus obras más conocidas ("Qué es el embrión humano?" Editorial Rialp, Madrid, 1993, Edición Original, Fayard, Paris, 1990) que a lo largo del desarrollo del embrión humano no existe desde el instante de la concepción "salto cualitativo alguno", sino que el desarrollo es lineal y sostenido, y no permite trazar arbitrariamente ningún momento a partir del cual se pueda decir, desde la biología "a partir de este instante, estamos en presencia de un ser humano, y antes, no".

5. Inaplicabilidad del caso Artavia Murillo

Ello será objeto de una ponencia por separado, pero cabe mencionar el tema en la presente.

Consideramos que la doctrina del caso "Artavia Murillo c./ Costa Rica", dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del decreto 2049 del Ministerio de Salud de Costa Rica, en un caso en el que nuestro país no fue parte, no resulta aplicable en la Argentina.

El art. 68 de la Convención Internacional de Derechos Humanos establece con claridad: **“Los Estados parte en la Convención, se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”**

A contrario sensu, nos parece claro que **los países que no han sido parte** en los juicios fallados por dicha Corte, **no están obligados a cumplir ni a aplicar tales sentencias**, como pretende un sector de la doctrina.

Lo mencionamos acá, dada la relación que el tema tiene con la inconstitucionalidad que propiciamos en esta ponencia.

6. Los principios “pro homine” o “in dubio pro vita”

Ya ha quedado dicho, con cierto énfasis, que la persona humana es tal, y merece el amparo del derecho, desde el momento de la concepción.

Ahora bien, algunos insisten en poner en duda esa afirmación, afirmando que recién podría considerarse persona, o persona por nacer luego de ser implantado en el seno materno, o a partir de cierto momento de su desarrollo embrionario.

Creemos que eso es un error y es una postura que contraría los datos de la biología misma.

Pero aun cuando por un momento tuviéramos la duda acerca del carácter de persona de los embriones, lo que es evidente es que tales embriones, si todavía no fueran personas humanas, van a llegar a serlo indefectiblemente.

Es, finalmente, lo que nos ha pasado a nosotros...

Siendo así, y admitiendo por vía de hipótesis que pudiera existir algún margen de duda acerca del carácter de personas humanas de los embriones, consideramos que resulta aplicable al caso el principio a favor del hombre (pro homine), o el principio de que en la duda ha de estarse a favor de la vida (“in dubio, pro vita”)

Dando vuelta el argumento, diríamos que al no tenerse certeza de que el embrión no sea una persona, no se lo puede eliminar.

7. Conclusión

En estos tiempos en los que el derecho pone un acento tan intenso en el

resguardo y la defensa de los derechos humanos, creemos que **el primer derecho humano que debe ser respetado, es el derecho a la vida.**

Asimismo, en estos tiempos en los que el derecho pone un acento tan intenso en desautorizar cualquier forma de discriminación, creemos que no puede admitirse que existan dos categorías de embriones (implantados y no implantados) y que unos merezcan y otros no merezcan, la protección de la ley, **pues ello implicaría la consagración de una discriminación odiosa y arbitraria.-**

Proponemos pues que se vote favorablemente la ponencia que postula la inconstitucionalidad del art. 561 del C.C.C., y del art. 7 de la ley 28.862, lo que habrá de contribuir a la coherencia de nuestro sistema legal, por una parte, y al resguardo de todas las personas que, habiendo sido traídas a la vida, tienen el incuestionable derecho a nacer y a vivir.