

# EL COMIENZO DE LA PERSONA HUMANA EN VÉLEZ SARFIELD

## Dr. Ezequiel Caride

- . Abogado (Pontificia Universidad Católica Argentina)
- . Especialización en Derecho de Familia en curso (Pontificia Universidad Católica Argentina)
- . Asesor Privado en cuestiones de Derecho de Familia.
- . Asesor Legal en el Servicio Penitenciario Bonaerense.

## Palabras clave

- . Protección de menores
- . Derecho a la vida
- . Concepción
- . Anancefalia
- . Viabilidad

## INTRODUCCIÓN

Ante la gran cantidad de información y noticias sobre temas relacionados con la experimentación y manipulación por parte de las distintas ramas de las ciencias, provocando, entre otras cosas, "embriones expósitos"[1], "ensañamiento procreativo"[2], "bebés medicamento"[3], "inseminación de mujeres lesbianas con donante anónimo"[4], entre otros, es bueno dilucidar el aporte que puede realizar el Derecho a la Bioética en su búsqueda transdisciplinaria de otorgarle un fundamento real y justo a las ciencias experimentales en su accionar e investigación.

El jurista puede aportar a los Comités de Bioética algo muy enriquecedor, que son las tradiciones jurídicas de nuestro país, brindando luz sobre legislación, costumbres y doctrinas a lo largo de nuestro pasado -desde nuestra herencia española hasta el siglo XX- y la normativa completa actual, estudiada y entendida en forma integral y plenificante desde la óptica de los principios constitucionales y del derecho natural preexistente que la ilumina y la guía, como antecede

la realidad a las normas que se dictan sobre la misma.

Dentro de las tradiciones jurídicas del país, es bueno resaltar, en especial, la defensa de los menores por parte del Estado.

Ya en el siglo XVIII, el Cabildo de Buenos Aires designó anualmente un Defensor de Pobres; resolviendo el Gobernador, en el año 1761, que las magistraturas de pobres y menores fueran desempeñadas por sólo un Regidor, separándose nuevamente en el año 1764, y volviendo a quedar en cabeza de un Regidor, la función del Defensor de Menores. Pasando a nuestra organización patria, el Código Civil de Vélez Sarsfield, en su artículo 59, establece el Ministerio de Menores, apareciendo por último, gracias a la ley 1893 de organización de los Tribunales, la figura del Asesor de Menores que actualmente rige en la materia [5].

Otra tradición de nuestra cultura jurídica para valorar y tener en cuenta, es la del respeto y valoración del derecho a la vida; donde el Decreto de Seguridad

[1] Barra, R., *Embriones expósitos*, L.L. T. 1996-D P. 1.271 y ss.

[2] Bustamante Alsina, J., *Aspectos Etico Juridicos de la procreación humana artificial*, L.L. T. 1997-D P. 1.212 y ss.

[3] Petitnicolas, C., "Enfant médicament", artículo del diario francés *Le Figaro* del 9 de julio del año 2002.

[4] Sambrizzi, E. A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Editorial Abeledo Perrot. 2001. P. 39 y ss.

[5] Molina, A. C., su dictamen como Asesor de Menores de Cámara en el caso R., R. D. S/medidas precautorias, E.D. T. 185 P. 409 y ss.

Individual dictado en fecha 23 de noviembre de 1811, establecía que *"todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida"*. Al igual, el Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816, dictado por el Congreso de Tucumán, dictaminó por su artículo 1º que *"la vida era uno de los derechos de todos los habitantes"* y completó la idea en su artículo 2º diciendo que *"tiene un concepto tan uniforme entre todos, que no necesita de más explicación"*. Igualmente, las constituciones dictadas en los años 1819 y 1826, en sus artículos 109 y 159 respectivamente, ordenaban al Estado *"el deber de proteger a los hombres en el goce del derecho a la vida"*.

En la Constitución dictada en el año 1853, que es la que nos rige actualmente con las reformas que se fueron dando a lo largo de los años, no se estableció explícitamente el derecho a la vida, pero se ha considerado que se encuentra en forma implícita como algo más que un derecho: al decir del Dr. Gregorio Badeni, como una "cualidad inseparable de la condición humana" y un "presupuesto indispensable para su existencia" [6] que es necesario para que rijan en la realidad los dos valores primordiales que quiso resaltar la Constitución Nacional, que son la libertad y la dignidad de las personas. En otras palabras, no hay libertad y dignidad

sin vida. Para entender el derecho a la vida en nuestra constitución es bueno ver en los debates constituyentes de la Convención Bonaerense del año 1860, donde intervinieron entre otros Mitre, Sarmiento y Vélez Sarsfield.

Este último, a raíz de un planteamiento del convencional Estevez Seguí de incluir expresamente el derecho a la vida en el ordenamiento constitucional, dijo que *"no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y de la soberanía del pueblo"*, otorgando así con sus dichos un reconocimiento al derecho a la vida como derecho constitucional.

Llegando a este punto es donde comienza la interesante tarea de traer a consideración, dentro de la historia jurídica argentina, la labor del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield con la redacción del Código Civil y su posición con respecto al reconocimiento como persona y sujeto de derecho del niño concebido, pero no nacido.

## VÉLEZ SARFIELD

Quiero destacar la figura de Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino, cuya redacción se realizó en el siglo XIX, tiempo en el cual internacionalmen-

[6] Badeni, G., *El derecho a la vida*, E.D. T. 197 P. 22 y ss.

te se elevaba señora la figura del célebre jurista alemán Federico Carlos de Savigny, famoso romanista de la época cuya obra fundamental, "Sistema romano actual", influyó fuertemente en todas las legislaciones de Europa y América de esos años.

Savigny, había establecido como comienzo de la persona humana para el derecho romano y, por ende, para toda legislación que intente seguir su espíritu, el nacimiento con vida del ser humano.

Esto, a decir verdad, ha sido discutido doctrinalmente; por ejemplo, en la actualidad, por el profesor de derecho romano en la Universidad de Roma, Pierangelo Catalano [7], que señala al nacimiento como inicio de la persona y, al *nasciturus*, como una víscera o parte del organismo de la madre -dentro de la tradición de las fuentes romanas de base germanizada- y, en cambio, el *nasciturus* considerado como un ser humano actual que está en el útero materno, para la tradición romano ibérica de base naturalística. Al igual, entre nosotros, en un desarrollo doctrinal a destacar del Dr. Federico Videla Escalada, se defiende la tesis contraria al maestro alemán, sosteniendo que el derecho romano y el Code Napoleón, en realidad, tomaron al

*nasciturus* como sujeto de derechos y, por lo tanto, como persona [8].

Pero, volviendo a Vélez, éste decide tomar el comienzo de las personas humanas en el momento de la concepción, apoyándose en el Esbozo del jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas y yendo en contra -como dijimos- de importantes corrientes doctrinarias y de legislación de países cercanos culturalmente, como el caso del Código de Chile.

Avanzando hacia un estudio más pormenorizado del tema, es de importancia rescatar apenas unos cuatro o cinco artículos del código de Vélez, junto con sus notas, que tendrán, en sus pocas palabras, una toma de posición y una fundamentación muy importante para nuestro Derecho.

En el artículo 51 de la citada codificación, Vélez da una definición de persona humana, diciendo que "*todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*" (el resaltado no es del original). Dicha definición, tomada del Digesto romano y las Partidas y que expresa antiguas creencias mágicas en la posibilidad de que naciera de una mujer

---

[7] Banchio, E. C., *Status jurídico del 'nasciturus' en la procreación asistida* L.L. T. 1991-B P. 826 y ss.

[8] Alvarado Uriburu, O.; Rodríguez Varela, A.; Badeni, G.; Zubizarreta, E.; Ray, C. A.; Lennon, L.; Videla Escalada, F. *El derecho a nacer*, Editorial Abeledo Perrot. 1993. P. 71 y ss.

un "monstruo" o "prodigio", ha sido duramente criticada ya en el pasado, como "pueril", por el Dr. Llambías [9] o "porque en la época actual ya no se habla de estos monstruos o prodigios, pues los estudios sobre el hombre han demostrado la imposibilidad natural de su existencia", por los Dres. Salvat y López Olaciregui [10], entre otros. Sin embargo, esa certera y fundada objeción ha quedado invalidada ante reciente jurisprudencia de altos fueros, que vuelve en sus fallos, increíblemente, a la creencia de monstruos o prodigios, teniendo en cuenta que monstruo o prodigio para los juristas romanos no era un ser feroz, horrible o que provocara espanto sino, siguiendo a Labeo, "cualquier producción contra el orden regular de la naturaleza", es decir, creer que una mujer pueda gestar y parir un ser que no sea de naturaleza humana.

En el famoso caso "Tanus" [11], sobre la autorización para provocar el parto antes de tiempo en una madre embarazada por tener en su vientre un niño con anencefalia, del voto mayoritario en el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires surge, entre sus considerandos para autorizar dicha intervención médica, el planteamiento que la anencefalia "representa, entre las

patologías fetales, un carácter clínico extremo. La ausencia de los hemisferios cerebrales vulgarmente, de cerebro y de cráneo, constituye la 'representación de lo subhumano' por excelencia... por faltarles el mínimo de desenvolvimiento biológico exigido para el ingreso a la categoría de humanos" (...) "Es el cerebro el que permite o posibilita la personalización de la humanidad".

En pocas palabras, se vuelve a creer que de la mujer puede nacer algo subhumano o no humano, como un monstruo o prodigio y, gracias al pequeño y fuera de moda artículo de Vélez, podemos decir que "*no importan cualidades o accidentes*" en los signos característicos de humanidad para que a una persona se la pueda considerar tal y, así, reconciliarnos con los avances de la genética, que nos dicen que de progenitores humanos, sólo puede nacer una persona humana.

Además, Vélez, en el artículo 63, dice: "*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*" y, en el artículo 70, señala: "*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen*

[9] Llambías, J. J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I*, Editorial Abeledo Perrot. 1995. P. 249 y ss.

[10] Salvat, R. L.; López Olaciregui, J. M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte General, Tomo I*, Editorial Tea. 1964. N° 353.

[11] Fallos: 324:1 y ss.

*nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".*

Fija en estos artículos una posición clara Vélez con respecto al comienzo de la persona humana y enriquece lo establecido en los artículos citados, con unas notas muy importantes como medios interpretativos, porque nos muestra el pensamiento de nuestro redactor del Código Civil. En la Nota al artículo 63, nos dice Vélez Sarsfield: *"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"*, palabras muy importantes que nos liberan de posiciones ideológicas para establecer cuándo se es persona humana, como aquella que exige autonomía para el ser humano para considerarlo como tal, y así no saber distinguir entre existencia humana y subsistencia del mismo, ya que muchos seres necesitan para subsistir de otros seres, (por ejemplo, un bebé recién nacido) sin negar por eso que existan [12].

En cambio, Vélez sólo tiene "el acto de ser" como exigencia para considerar a la persona como tal y así reconocerlo como sujeto de derechos, el primero de los cuales, es el derecho a la vida.

En las pocas palabras que contiene el artículo 72 del código de Vélez, el autor escribe unos lineamientos de gran importancia para la filosofía del Derecho, sosteniendo lo siguiente: *"Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo"*. De esta forma, Vélez se niega a introducir en el ordenamiento jurídico argentino el concepto de "viabilidad", que había sido adoptado por legislaciones de su época y por el cual se tomará para el derecho las constataciones fácticas sobre la posibilidad de sobrevivir o no de ese ser humano, por una enfermedad o defecto, para así determinar si es o no sujeto de derechos. Esto también ha renacido en algunos fallos actuales, como por ejemplo, en el referido caso "Tanus", donde el voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en sus fundamentos el hecho médico de tener viabilidad nula o cero, el *nasciturus* con una patología cerebral grave como la anencefalia, de sobrevivir más allá de unos instantes una vez producido el parto.

Dejándole la palabra a Vélez, veremos que en una parte de la Nota al artículo 70 nos dice que *"... la duración de la vida es también cosa indiferente; y el hijo tiene la capacidad de derecho aún cuando*

[12] Zavala de González, M., *Aborto, persona por nacer y derecho a la vida*, LL. T.1983-D P. 1.226 y ss.



*muera inmediatamente después de su nacimiento*". Y, corroborando su rechazo al principio de viabilidad y su defensa de la vida, aunque sea ésta precaria, sostiene el redactor de nuestro código, con palabras un poco vehementes, en parte de su Nota al artículo 72 que *"la viabilidad no tiene ningún fundamento, pues es contraria a los principios generales sobre la capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, sin consideración alguna a la mayor o menor duración que pueda tener esa existencia"*. Es decir que, rescatando Vélez el concepto jurídico de la capacidad de derecho, nos lleva nuevamente a considerar persona humana a todo aquel que sencillamente "es", sin necesidad de aditamentos o exigencias superfluas que quitan dignidad a algunos seres humanos por no cumplir con dichos requisitos y que los introducen en la categoría jurídica de "esclavos", aunque no se diga expresamente.

No contento con lo ya dicho, en la misma Nota continua diciendo Vélez Sarsfield, con un sentido común extraordinario: *"... no porque una persona parezca con signos indudables de una pronta muerte, queda incapaz de derecho..."*.

Toda esta empresa integradora de Vélez Sarsfield, donde se toma como comienzo del ser humano el momento de

la concepción y que, a través de su articulado, se une a la filosofía clásica en la materia donde, junto con Boecio [13], se puede decir que ser humano es "sustancia individual de naturaleza racional" por el solo acto de ser, termina otorgando a nuestro derecho un rico y necesario humanismo, que tiene su fundamento en la naturaleza y en el Creador de ella, en última instancia.

Acompañan a Vélez en la actualidad los avances extraordinarios de las ciencias empíricas que confirman el maravilloso y ordenado crecimiento de toda vida humana desde que se produce la fecundación del óvulo materno.

## CONCLUSIÓN

En síntesis y para concluir, en esta breve aproximación a las palabras de Dalmacio Vélez Sarsfield -y ante momentos de nuestra legislación y nuestro país en su conjunto, donde cunde el escepticismo, la duda y la crítica despiadada a personas e instituciones- es bueno resaltar figuras como la de Vélez Sarsfield, que nos hagan ver notas positivas de nuestro pasado y nuestra cultura y, por sobre todo, aprender de él su establecimiento de la categoría de sujeto jurídico sobre la base natural de la sola existen-

[13] Mosso, C. J., *Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial*, E.D. T. 167 P. 960 y ss.

cia, otorgándole dignidad por el sólo hecho de ser a toda persona humana, y logrando así un avance al rechazar toda

esclavitud o muerte civil de cualquier ser humano, cualquiera fuera su condición o accidente.