

**Herrera, Daniel A.**

*El estatuto del ser humano en estado embrionario en el proyecto del Código Civil*

Prudentia Iuris N° 74, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Herrera, D. A. (2012). El estatuto del ser humano en estado embrionario en el proyecto del Código Civil [en línea], *Prudentia Iuris*, 74. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/estatuto-ser-humano-estado-embrionario.pdf> [Fecha de consulta:.....]

## EL ESTATUTO DEL SER HUMANO EN ESTADO EMBRIONARIO EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL

DANIEL A. HERRERA\*

**Resumen:** El artículo aborda el tema del *estatus jurídico* del ser humano en estado embrionario en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial presentado en 2012. Se parte de la cuestión de que el orden jurídico no crea la personalidad, sino que la reconoce en el ser humano por el solo hecho de serlo y se analiza el Código Civil de Vélez Sársfield en sus diversas interpretaciones. Se concluye que a la luz de la Constitución Nacional y el resto del derecho positivo vigente el ser humano en estado embrionario o fetal, desde el momento mismo de su concepción, goza de todos los derechos reconocidos y garantizados por el orden jurídico. En ese marco, se analiza el Artículo 19 del proyecto y se observa que realiza una arbitraria e injusta discriminación al establecer dos momentos para el comienzo de la existencia de la persona. Además, la redacción deja en una indefinición jurídica al ser humano fecundado y concebido extrauterinamente antes de su implantación. También se analiza el tema en relación con la propuesta de articulado referido al cuerpo humano (Art. 17). Se considera el peligro de cosificación y atentado contra la dignidad humana que encierra la propuesta.

**Palabras clave:** Persona - Ser humano - Código Civil - Persona por nacer - Discriminación - Cuerpo humano.

**Abstract:** The article approaches the concept of the juridical status of the human being in embryonal state in the new draft of the Civil and Commercial Code entered in vigor in 2012. It considers the issue that the judicial order does not create legal capacity, but rather it recognizes it in humans for the sole fact of being and in the Velez Sarsfield Civil Code it is analyzed in its diverse interpretations. It concludes that within the frame of the National Constitution and of the effective positive Law

\* Decano de la Facultad de Derecho (UCA), Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho (UCA).

the human being in its embryo or fetal state, from the very moment of its conception, enjoys all the rights guaranteed by Law. Through this conception, the Article 19 of the project it is analyzed and it is concluded that it establishes an unjust discrimination as distinguishing two different moments for the beginning of the person's existence. Also, the draft leaves out human beings conceived and fecundated outside the uterus by artificial methods before its implantation. The theme is also analyzed in relation to the new draft of (Art. 17). The proposal to treat a human being as a "thing" is considered an attack to human dignity.

**Keywords:** Person - Human being - Civil Code - Unborn person - Discrimination - Human body.

## 1. Planteo de la cuestión

El punto de partida metodológico para tratar cualquier tema es delimitar correctamente la cuestión, acotar el objeto que vamos a abordar, en otras palabras ¿de qué vamos a hablar? Este objeto es el *estatus jurídico* del embrión humano, o dicho de otra manera, el *estatus jurídico* del ser humano en estado embrionario. Si bien, está bien dicho de las dos maneras, la primera expresión (embrión humano) pone como sujeto (sustantivo) al embrión (que se refiere al estado de desarrollo de un ser) y como adjetivo (predicado) el calificativo de humano (que por su parte se refiere al tipo de ser, o sea a su esencia o naturaleza); mientras que la segunda expresión (ser humano en estado embrionario) pone como sujeto (sustantivo) al ser humano (o sea, al ente que es sustrato o sustento en el que resalta su condición humana) y como adjetivo (predicado) al estado embrionario en que ese ser (humano) se encuentra. En lo personal prefiero la segunda porque se centra más en la condición humana del ser, en otras palabras, en su esencia o naturaleza, a la que añade su estado o etapa de desarrollo, sin perjuicio de repetir que también es correcta la primera expresión.

Una buena manera de delimitar la cuestión es comenzar por señalar sobre qué no voy a tratar, aunque se refiera a cuestiones estrechamente relacionadas con nuestro objeto de investigación. En primer lugar, no voy a abordar expresamente y desarrollar el estatuto biológico del ser humano en estado embrionario (aunque va a estar supuesto, partiendo de él), no voy a explicar todo el proceso de fecundación, tampoco voy a referirme a su estatuto ontológico, ni al problema de la animación del hombre (inmediata o retardada) al que dediqué mi anterior intervención en este seminario, sino que me voy a limitar al *estatus jurídico* (y moral) de ese ser humano en ese peculiar estado.

Así mientras el estatuto biológico y ontológico se refiere al plano del ser (físico y metafísico), propio del conocimiento especulativo, el estatuto moral y jurídico se ubica en el plano del deber ser, del bien al que se ordena el conocimiento práctico, o sea, en este caso, cómo debe ser tratado moral y jurídicamente ese ser humano en estado embrionario. Ahora bien, como señalé en mi tesis y en mi anterior intervención en este seminario a la que me referí, este *estatus moral y jurídico* se funda (y por tanto supone) en el *estatus biológico y ontológico*, porque desde una perspectiva clásica como la que suscribo "todo deber ser se funda en el ser, la realidad es el fun-

damento de lo ético, el bien es lo conforme con la realidad”<sup>1</sup>. En otras palabras, el estatuto biológico y ontológico del ser humano en estado embrionario es fundamento de la eticidad y juridicidad con que tiene que ser reconocido y tutelado. El *estatuto ético-jurídico* de la persona humana contempla tanto al sujeto moral y jurídico titular de derechos y deberes como a su dignidad, por la que es merecedor de consideración y respeto por parte de los demás.

Por eso, si bien no voy a detenerme en demostrar el estatuto biológico y ontológico del ser humano en estado embrionario, voy a tomar algunos aspectos para discernir a partir de ese dato la cuestión moral y jurídica involucrada. En este sentido, biológicamente podemos señalar sin temor a equivocarnos que el fruto de la fecundación humana es un individuo de la especie *homo sapiens*, y lo es desde el mismo instante de la concepción producida por la penetración del óvulo por el espermatozoide, en el cual queda constituido el embrión unicelular o cigoto. Esto es un acontecimiento que puede ser verificado empíricamente por la ciencia moderna. Por otra parte, ontológicamente se trata del mismo ser, sin cambio de esencia o naturaleza desde el instante inicial de la concepción, durante toda la gestación y después del nacimiento, porque el embrión no es primeramente una planta, luego un animal y finalmente un hombre, pues, como dice Tomás de Aquino: “[...] no es, por otra parte, posible que una forma numéricamente idéntica pertenezca a diversas especies”<sup>2</sup>, sino que en todo momento se trata del mismo ser humano, aunque en diferentes estadios de su desarrollo (por eso prefiero hablar de ser humano en estado embrionario).

Ahora bien, supuesto lo dicho en el párrafo anterior, no voy a extenderme más en las cuestiones biológicas y ontológicas, para centrarme exclusivamente en las morales y sobre todo jurídicas, como son las que aborda el proyecto de Código Civil en esta materia.

## **2. El estatus jurídico del ser humano en estado embrionario en el Código Civil**

El Código Civil actualmente vigente señala: “[...] son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones” (Art. 30). Inmediatamente después, en el Artículo 31, clasifica a las personas como de existencia ideal (las distintas formas de asociación humana, pública o privada, que llamamos personas jurídicas) o de existencia visible (los seres humanos). A mi juicio esta terminología es sumamente confusa, por lo que prefiero hablar de personas individuales o humanas (los seres humanos) y personas colectivas (las personas jurídicas públicas o privadas). A su vez, en el Artículo 32 define a las primeras por descarte respecto a las segundas: “Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”.

<sup>1</sup> PIEPER, J., *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, pág. 15.

<sup>2</sup> TOMÁS DE AQUINO, S. *Th.*, 1 q. 118, a. 2.

En consecuencia, en primer lugar tenemos que considerar a la persona humana (persona de existencia visible en el lenguaje del Código) como el sujeto radical del derecho, pues justamente las otras personas (jurídicas o de existencia ideal) son creadas y constituidas por personas humanas. Como decían los romanos (que “inventaron” el derecho): “*hominum causa omne ius constitutum est*”<sup>3</sup> (“a causa del hombre es constituido el derecho”). En este caso, a causa de las personas humanas (sujeto radical del derecho) son constituidas las personas colectivas (personas jurídicas). Al respecto, el Código Civil define a la persona física y el comienzo de su existencia. El Artículo 51 señala: “[...] todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”. Por su parte, el Artículo 63 establece: “[...] son personas por nacer las que no habiendo nacido *están concebidas* en el seno materno” y en el mismo sentido, el Artículo 70 establece: “[...] *desde la concepción* en el seno materno comienza la existencia de las personas”. También podemos citar el Artículo 264 que regula el instituto de la patria potestad, estableciendo que es el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, *desde la concepción* de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”. El Artículo 54 incluye a las personas por nacer entre los incapaces de hecho que serán representados legalmente por sus padres o tutores conforme lo dispuesto por el Artículo 57. Del juego de estos artículos resulta indudable que el Código Civil argentino reconoce que el ser humano es persona *desde su concepción*.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho sobre la radicalidad y centralidad de la persona humana en el Código de Vélez, la definición del Artículo 30 origina no pocos problemas en cuanto a la interpretación de la noción de persona. La cuestión es si el hombre por el solo hecho de serlo es persona y por lo tanto sujeto de derecho que el orden jurídico tiene que reconocer y tutelar o el hombre es persona por una concesión del ordenamiento jurídico, que no reconoce sino que crea y constituye tanto la personalidad del hombre como de todo sujeto de derecho.

En el primer sentido podemos citar a Hervada, que señala que el ser persona no es de origen positivo, sino natural porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho. En otras palabras, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto ontológico que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano<sup>4</sup>. En cambio, en el último sentido, la referencia ineludible es la concepción técnico formal

<sup>3</sup> Digesto 1.1.

<sup>4</sup> HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Madrid, Eunsa, pág. 119: “Todo sistema jurídico positivo se basa, al menos, en la *juridicidad natural* de los hombres, esto es, en que por naturaleza existe la capacidad y tendencia de relacionarse jurídicamente. La condición de sujeto de derecho –como la condición de sujeto de la comunicación oral– no es cultural sino natural. Y adviértase que no se trata simplemente de que todo hombre puede ser, si se quiere, capaz de derechos. La *juridicidad natural* significa que, por naturaleza, el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y, en consecuencia, que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. *Ser persona no es de origen positivo sino natural*, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho [...], la condición ontológica de persona incluye la subjetividad jurídica, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta *lo jurídico de la persona o ser humano*”.

de Kelsen, que considera a la persona como un centro de imputación de normas, ya se trate de la persona humana o de la persona artificial o jurídica. De esta manera, distingue, en el hombre, su ser humano (noción biológica) de su ser persona (noción jurídica)<sup>5</sup>. Una distinción similar hace John Rawls entre el concepto descriptivo de ser humano propio de la biología o psicología y el concepto normativo o prescriptivo de persona como sujeto autónomo, central de su concepción política de la persona y de la justicia. En otras palabras, no todo ser humano necesariamente es persona, sino solamente el que como tal es reconocido por los textos fundamentales como portador de personalidad como sujeto de derecho en tanto ciudadano libre e igual<sup>6</sup>.

Sin lugar a dudas, por razones cronológicas Vélez no conoció ni a Hervada, ni a Kelsen, ni a Rawls, pero su Artículo 30 es interpretado de las dos maneras, en el sentido kelseniano, como lo hace Orgaz<sup>7</sup>, o en el primero, por el que se afirma que el orden jurídico reconoce y tutela positivamente la personeidad jurídica natural, como hacemos nosotros. Aquí reside el principal problema hermenéutico de la noción de persona en el Código de Vélez.

Ahora bien, si el Código Civil lo interpretamos en conformidad con la Constitución Nacional y el resto del derecho positivo vigente el problema puede ser superado. Nuestro ordenamiento jurídico, en consonancia con el Derecho Internacional, reconoce constitucionalmente el *estatuto personal del ser humano* desde el momento mismo de la concepción y garantiza los derechos fundamentales que surgen de él. En efecto, la Constitución Nacional vigente incorpora a la misma con jerarquía constitucional los tratados internacionales de derechos humanos (Art. 75 inc. 22 CN), entre los que se encuentran: a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su Artículo 1º establece que “persona es todo ser humano”, y en el Artículo 3º, que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, para luego reconocer en el Artículo 4º que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida, Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento

<sup>5</sup> Cf. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, pág. 126.

<sup>6</sup> RAWLS, J., *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pág. 49: “Quiero subrayar que la concepción de la persona como libre e igual es una concepción normativa: es *construida* por el pensamiento y la práctica –morales y políticos–, y es estudiada por la filosofía moral y política y por la filosofía del derecho. Desde la antigua Grecia, tanto en la filosofía como en el derecho, el concepto de persona ha sido el de alguien que participa en la vida social o cumple algún papel en ella, por tanto de alguien que puede ejercer y respetar sus diversos derechos y deberes. Al especificar la idea organizadora central de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, usamos la idea colateral de las personas libres e iguales como personas que pueden desempeñar el papel de miembros plenamente cooperativos. Como corresponde a una concepción política de la justicia que entiende la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, un ciudadano es aquel que puede ser un participante libre e igual durante toda una vida. *No ha de confundirse esta concepción de persona con la concepción de ser humano* (un miembro de la especie *Homo sapiens*) que pudiera establecer la biología o la psicología sin hacer uso de conceptos normativos de diversa índole, entre los que se incluyen, por ejemplo, los conceptos de facultades morales y de las virtudes morales y políticas. Además, para caracterizar a la persona debemos añadir a estos conceptos los que usamos para describir las facultades de la razón, la inherencia y el juicio. Estas facultades esenciales que acompañan a las dos facultades morales, y son imprescindibles para ejercerlas y para la práctica de las virtudes”.

<sup>7</sup> Cf. ORGAZ, A., *Personas individuales*, Buenos Aires, Eudeba, 1946, pág. 7: “[...] la personalidad, por consiguiente, no es una cualidad ‘natural’, algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares”.

de la concepción”; b) la Convención de los Derechos del Niño, en la cual la República Argentina expresó una reserva donde dice que entiende por niño “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad” (cf. Art. 2° de la Ley N° 23.849 ratificatoria de la Convención); c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce la personalidad jurídica del niño por nacer cuando en el Artículo 6 inc. 5 prohíbe la pena de muerte de mujeres en estado de gravidez. Antes de la reforma de 1994, la vida era considerada un derecho implícito (Art. 33 de la Constitución Nacional) desde la concepción hasta la muerte. Sin lugar a dudas, para la Constitución el niño por nacer (desde la concepción) goza de plena personalidad jurídica.

En conformidad con la Constitución Nacional y los tratados internacionales, las constituciones de las provincias argentinas afirman también que el niño por nacer es persona y que queda protegida la vida desde la concepción. Presentamos a continuación los textos que se pronuncian explícitamente sobre el tema: *Buenos Aires*: Todas las personas en la provincia gozan del derecho “a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural” (Art. 12). *Catamarca*: Garantiza como derecho especial de la niñez “la vida, desde su concepción” (Art. 65 inc. 3). *Chaco*: También queda garantizado a todas las personas el derecho “a la vida y a la libertad, desde la concepción” (Art. 15 inc. 1). *Chubut*: Los habitantes gozan “en especial” del derecho “a la vida desde su concepción” (Art. 18 inc. 1). *Córdoba*: Dos veces afirma el comienzo de la persona humana desde la concepción: “La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables” y “Todas las personas en la provincia gozan de los siguientes derechos [...]: a la vida desde la concepción” (Arts. 4° y 19 inc. 1). *Formosa*: “Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción” (Art. 5°). *Salta*: “La vida desde su concepción” es intangible y “su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos” (Art. 10). *San Luis*: Ratifica la existencia de “la vida desde su concepción” y su protección por parte de los poderes públicos, y “protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y desde éste hasta su pleno desarrollo” (Arts. 13 y 49). *Santiago del Estero*: Todas las personas en esta provincia gozan del derecho “a la vida en general desde el momento de la concepción” (Art. 16). *Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur*: Garantiza el goce en la provincia del derecho “a la vida desde la concepción” (Art. 14 inc. 1). *Tucumán*: La provincia procura que las personas gocen del derecho “a una existencia digna desde la concepción”, a la vez que asegura la salud física y espiritual de todos... protegiendo la vida, en la esfera de sus atribuciones, desde la concepción misma” (Arts. 35 y 125).

En consecuencia, el ser humano en estado embrionario o fetal, desde el momento mismo de su concepción y durante todo el proceso vital de gestación hasta su nacimiento, goza de todos los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, tratados internacionales incorporados a la misma y legislación de fondo vigente. De la misma manera que en el ámbito de cada provincia goza de los derechos y garantías reconocidos en las respectivas Constituciones provinciales. Además también es titular de los específicos derechos del niño reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño incorporados a nuestra Constitución conforme Artículo 75, inc. 22, Ley N° 23.849 ratificatoria de la Convención.

### 3. El estatus jurídico del ser humano en estado embrionario en el proyecto de Código Civil

El proyecto de Código Civil reduce la normativa de la persona a tres artículos (del 19 al 21) y respecto a la cuestión referida originada por la interpretación del Artículo 30 del Código de Vélez, la resuelve eliminando directamente el mencionado artículo y estableciendo a la persona humana como centro del derecho. Al respecto dice en los Fundamentos: “El libro primero se abre con la regulación de la persona humana; ella es, conforme a la doctrina judicial de la Corte Federal, la figura central del derecho. En seguimiento del proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este anteproyecto, se utiliza la denominación ‘persona humana’ y se elimina la definición del Artículo 30 del Código Civil vigente”.

Esto sin duda es, a mi juicio, un aspecto positivo de la reforma que en principio favorece una adecuada hermenéutica de la persona humana, reconociendo su estatus jurídico natural que debe ser positivamente regulado y tutelado. Sin embargo, a poco de transitar el camino comienzan los problemas, pues en el primer artículo del citado Libro I (Art. 19), cuando se refiere al comienzo de la existencia de la persona humana, realiza una arbitraria e injusta discriminación que es el objeto de la principal crítica del proyecto en este punto. Dice el Artículo 19: “*Comienzo de la existencia.* 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, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

De manera sorprendente, no fija un momento del comienzo de la existencia de la persona humana, sino dos, que varía según que la persona fuera concebida en el seno materno, donde comienza con la concepción, o extrauterinamente, por la llamada reproducción humana asistida, o reproducción artificial, donde ese momento se posterga hasta la implantación (en realidad, sería más correcto hablar desde su transferencia, pues allí estaría en las mismas condiciones que el concebido en el seno materno antes de su implantación). Ahora bien, tratándose del mismo ser, pues en ambos casos se trata de un ser humano, es una evidente contradicción señalar que el comienzo de su existencia puede variar según cuál sea el *lugar* donde accidentalmente se produce la fecundación-concepción (en el útero o fuera de él). Si se trata del mismo ser humano su comienzo no puede ser sino uno, igual para todos los seres humanos independientemente de cómo y dónde fueron concebidos.

En este punto es bueno recordar y reafirmar lo dispuesto por el actual Artículo 51 del Código Civil, que llamativamente es suprimido por el proyecto en cuestión: “[...] todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”. Sin lugar a dudas que el resultado de la fecundación humana es un ser que presenta signos característicos de humanidad, pues todo ser engendra un ser semejante a él. En otras palabras, se trata de un ser humano en el momento inicial de su existencia, y lo es independientemente de sus cualidades (potencias a desarrollar) o accidentes (como ocurre con el lugar de la fecundación-concepción).

En realidad, el comienzo de la vida del ser humano no depende de la determinación arbitraria, ni de la moral, ni del derecho. Es una realidad biológica y por tanto es competencia de la biología (*bio* significa vida) conocer cuál es ese momento. La ética y el derecho se tienen que fundar sobre el dato biológico de la existencia de una vida humana. Ahora bien, biológicamente está comprobado, como vimos, que hay vida humana, y por ende un nuevo ser humano distinto de sus progenitores, desde el mismo instante de la fecundación-concepción, o sea, desde el momento en que el espermatozoide penetra en el óvulo, en el cual queda constituido el embrión unicelular o cigoto, más allá del lugar donde esta se realiza.

En los fundamentos respecto al Artículo 19 justifican la duplicación del comienzo de la existencia de la persona humana de la siguiente manera: “La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno”. No hay ninguna duda de que el ser humano, independientemente de cómo haya sido concebido, no puede desarrollarse fuera del seno materno (todavía no se han inventado úteros artificiales), pero eso se debe a una decisión arbitraria de no continuar un proceso que de una manera también arbitraria ya fuera iniciado. En realidad, lo que muestra esta situación es la grave condena moral, que también tendría que ser jurídica de las técnicas de fecundación artificial.

Por eso, la postergación de la protección jurídica de los embriones humanos no implantados al dictado de una futura ley, como se dice en la última parte del Artículo 19, tampoco es aceptable por distintas razones: 1) porque remite la protección a una ley que todavía no existe y que no sabemos cómo va a regularla y en el mientras tanto una cantidad de seres humanos se encuentran desprotegidos legalmente al serles negado su estatus jurídico de personas; 2) porque es sumamente cuestionable la conveniencia de una ley que regule las técnicas de fecundación artificial, reconociéndoles de esta manera no solo legalidad, sino también “legitimidad”.

Esta duplicación del comienzo de la existencia de la persona humana, además de ser una contradicción en los términos como fuera señalado, genera una discriminación injusta (según el lugar donde se encuentren) entre seres humanos en similar estado embrionario, dados que a unos les reconoce el estatus de persona y a otros no. Como ya dijimos, en ambos casos, biológicamente se trata de un individuo de la especie *homo sapiens* y ontológicamente es el mismo ser humano antes que después de la implantación, por lo cual no hay ninguna razón que justifique, o sea que haga justa, esa discriminación. Además esto se contradice con uno de los principios que inspiran este proyecto según se dice en los fundamentos, que es el principio de no discriminación.

Sin perjuicio de lo dicho y más allá de las contradicciones teóricas señaladas respecto al comienzo de la existencia de la persona, en la práctica, el proyecto hace una clara opción por la teoría que establece este comienzo en la implantación del embrión en el útero materno, y de esta manera permitir que por medio de las técnicas de fecundación artificial se pueda hacer cualquier cosa con ese ser humano (manipularlo, descartarlo, crioconservarlo, destinarlo a la investigación o implantarlo). La referencia a la concepción en el caso de la fecundación en el seno materno no es el problema (salvo en el caso de la anticoncepción de emergencia), pues allí el embrión no está disponible para su manipulación.

De esta manera, aunque sin decirlo expresamente, se inclina por considerar que antes del famoso día 14 (de la implantación), no estaríamos todavía en presencia de un embrión humano y por ende de una persona humana, sino de algo (no alguien) anterior, que sofisticada y eufemísticamente algunos científicos han llamado *preembrión*. Al respecto cito a Eduardo Quintana: “Posiblemente para paliar las críticas de los procedimientos artificiales, la ideología científicista inventó un nuevo término que ficticiamente y arbitrariamente por vía semántica implicó la división entitativa del embrión: se decidió que los estadios del desarrollo embrionario posterior al cigoto se denominaran ‘preembrión’ y que tanto éste como el cigoto no respondían al concepto de ser humano, sino de un conjunto de células no diferenciadas que solo implican ‘potencialmente’ y no actualmente la vida humana. Según esta opinión recién entre el día décimo y catorceavo, cuando el llamado ‘preembrión’ se fija por sí mismo a la pared uterina y desarrolla su línea primigenia del sistema nervioso, comienza a existir un nuevo ser humano”<sup>8</sup>.

En realidad constituye un verdadero eufemismo, dado que como se dijo en el propio informe *Warnock*, toda etapa en el proceso de desarrollo del ciclo vital es necesaria e imprescindible, incluida la que va desde la concepción hasta el día 14 y en la cual ya se reconoce que ese organismo (humano) está vivo. De esta manera, se busca de forma arbitraria “legitimar” prácticas biomédicas que constituyen una manipulación de embriones humanos durante esos primeros 14 días (que mediante la crioconservación que detiene el proceso de desarrollo, lo puede extender en el tiempo hasta que arbitrariamente se decida qué hacer con él). Como dice la Dra. Di Pietro: “El *preembrión*: un nuevo término aceptado no por los embriólogos, sino sobre todo por investigadores, médicos y políticos, que encontraron y encuentran con esto la oportunidad para declarar éticamente lícito lo que el término ‘embrión’ no hubiese permitido. Una mentira, un equívoco semántico: una manipulación que no tiene, como veremos, justificación científica. Todo para superar una dificultad de tipo ético: poder disponer de embriones humanos para fines experimentales”<sup>9</sup>.

Al respecto podemos citar la autorizada opinión del Profesor Lejeune, quien fuera Doctor en Medicina y en Ciencias, Profesor de Genética Fundamental y Jefe de Departamento de Citogenética del Hospital *des enfants Malades* y descubridor de la trisomía del cromosoma 21, que origina el síndrome de down: “*Preembrión*: tal palabra no tiene significado. No es necesario instaurar una subdivisión denominada ‘preembrión’, pues no hay nada anterior al embrión; en el estadio precedente al embrión no hay más que un espermatozoide y un óvulo; esa entidad se convierte en un cigoto; y cuando el cigoto se divide, se convierte en embrión. Cuando existe la primera célula, todo –absolutamente todo– lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar [...]. Cuando un espermatozoide fecunda al óvulo, produce ‘la célula más especializada del mundo’, especializada para lo que ninguna otra célula tendrá jamás las instrucciones durante la vida del individuo que

<sup>8</sup> QUINTANA, E. M., “Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial”, en AA VV, *Ley Natural y legítima laicidad*, Buenos Aires, Educa, 2009, faltan págs..

<sup>9</sup> DI PIETRO, M. L., *Sexualidad y procreación humana*, Buenos Aires, Educa, 2005, pág. 164.

acaba de crearse. Ningún científico ha emitido jamás la opinión de que un embrión pueda ser objeto de propiedad. *Desde su concepción, un hombre es un hombre*<sup>10</sup>.

En otras palabras, mediante el recurso de no llamar a las cosas por su nombre, *embrión humano*, o más bien, *ser humano en estado embrionario*, como ya dije, se inventa una palabra (*preembrión*) que, por una parte, no dice nada sobre lo que es, ni especifica el estatuto biológico del viviente que designa (como sucede con todos los términos que utilizan la palabra *pre* o *pos*, que solo refieren a lo que existe antes o después de algo, pero que no define de qué se trata), y por otra, oculta la verdadera entidad biológica del nuevo ser humano y de su estado, como ha sido probado por los más serios estudios biológicos y genéticos.

Ahora bien, la siguiente pregunta que se impone es que si el ser humano fecundado y concebido extrauterinamente antes de su implantación no es una persona en sentido jurídico, entonces ¿qué es?, ¿una cosa?, ¿un bien? Dicho de otra manera, si no es sujeto, entonces ¿es objeto?, ¿puede por tanto ser objeto de actos jurídicos?, ¿ser objeto de apropiación? Sin duda que la respuesta a estos interrogantes es la cuestión más complicada en esta materia y me animo a decir que en todo el proyecto de Código.

En la realidad jurídica, en las relaciones jurídicas que conforman esta realidad, encontramos sujetos (personas humanas individuales o jurídicas colectivas) que se vinculan a través de objetos (hechos o cosas) que reconocen como antecedente una causa (hecho jurídico, que incluye los actos jurídicos), a los que las normas jurídicas (naturales o positivas) le establecen consecuencias jurídicas (fin). Entonces, si tomamos en cuenta la estructura de la relación jurídica, lo que no es sujeto (persona) es objeto o causa.

En cuanto al objeto, el Artículo 953 del Código actual establece que puede tratarse de hechos (positivos o negativos, acciones u omisiones) o cosas. Respecto a estas últimas, distingue entre bienes (objetos materiales o inmateriales susceptibles de valor económico) y cosas (los objetos corporales susceptibles de tener un valor económico) conforme lo dispuesto por los Artículos 2311 y 2312. En este punto, el codificador se diferenció de su par francés (que fuera uno de sus inspiradores), que considera las cosas (objetos corporales e incorporeales con o sin valor económico) y los bienes (objetos corporales con valor económico). Dicho de otra manera, mientras que en el derecho francés las cosas constituyen el género y los bienes la especie, en el derecho argentino es al revés<sup>11</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, en nuestro derecho existen realidades sobre las que se tiene una consideración especial, como sucede, por ejemplo, con los cadáveres (por la memoria y el honor de los muertos), los animales (donde se los protege contra la crueldad), los órganos (pueden ser objeto de donación en determinadas

<sup>10</sup> LEJEUNE, J., *¿Qué es el embrión humano?*, Madrid, Rialp, 1993, pág. 141. En esta obra transcribe su versión vertida como experto en el juicio "Davis vs. Davis", Tribunal de Justicia de Maryville, Tennessee, 1989, donde se discutía el estatuto humano o no de siete embriones congelados a pedido del matrimonio Davis y que luego de su divorcio se produce el conflicto porque la madre quiere implantárselos y el padre se opone argumentando que no puede ser obligado a ser "padre".

<sup>11</sup> Cf. LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, LexisNexis, 2009, Tomo II, Capítulo XI, I.

circunstancias, pero no de comercialización), o las cosas que se encuentran fuera del comercio (como sucede con monumentos, lugares históricos, etc.).

El proyecto de Código, en sus Artículos 15 a 17, regula los derechos y bienes y así establece que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio (Art.15); que los derechos referidos en el artículo anterior pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico (Art.16); que los bienes materiales se llaman cosas (Art. 16); que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre (Art. 16).

Una consideración especial merecen los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes (piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes), pues no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y solo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales (Art. 17).

En los fundamentos de dicho artículo señalan: “[...] entendemos que puede admitirse la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa (‘bienes que no tienen un valor económico’ o ‘extrapatrimoniales’). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad”.

Si bien no se menciona expresamente, pareciera que los embriones humanos no implantados entrarían en esta categoría, no pudiendo ser objeto de comercialización por no tener un valor económico (aunque puede haber y de hecho existe un mercado ilegal), sino que solo tienen un valor afectivo (para los padres que los engendran y los crioconservan), terapéutico (el caso del bebé medicamento), científico, humanitario o social (con fines de investigación).

Es correcto que el cuerpo humano y sus partes, como también los embriones humanos no implantados no puedan ser comercializados, por la cosificación y cuantificación del ser humano contraria a su dignidad básica que esto implica. Sin embargo, no deja de ser peligroso y reñido con la moralidad que tiene que tener el objeto de los actos jurídicos y el respeto a la dignidad humana, que también se produzca (como de hecho sucede) una cosificación de seres humanos en virtud de la invocación de valores afectivos, terapéuticos o científico, humanitario o social, que origina descarte, congelamiento o manipulación de seres humanos en estado embrionario, en contra de lo dispuesto por el actual Artículo 953 y el Artículo 279 del proyecto: “El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”. En este orden, también es contraria a la dignidad humana la figura de la gestación por sustitución, comúnmente llamada “alquiler de vientres”, que sin perjuicio de que se prohíbe la comercialización (seguramente va a originar

un mercado negro), no por eso convierte en lícito moralmente al acto al tener por objeto del acto a un ser humano.

Sin perjuicio de todo lo dicho, todavía se puede agregar que es cuestionable la constitucionalidad de estas normas proyectadas en cuanto no le reconocen el estatus jurídico de persona humana a los embriones humanos no implantados en evidente contradicción con los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución (Art. 75, inc. 22), con jerarquía constitucional, a los que me referí en el punto anterior. Sobre todo no se entiende cómo se compatibiliza con la constitucionalización del derecho privado a la que se alude en los fundamentos del Código, suscribiendo el nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional. Al respecto se señala en los fundamentos: “En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

En suma, al no reconocerle al ser humano en estado embrionario no implantado su estatus jurídico de persona, de una u otra manera se lo cosifica, atentando contra su dignidad humana, aunque se pretenda darle a esa *cosidad* algún tipo de protección o consideración especial.

#### 4. Reflexión final

Si está probado en el plano biológico que el fruto de la fecundación humana, independientemente de cómo y dónde se produce la concepción, es un individuo de la especie *homo sapiens*, o sea, un ser humano en el primer instante de su existencia y que no hay ni puede existir en el plano ontológico ningún cambio de esencia o naturaleza, que es y será humana, como conclusión hago mías las siguientes palabras de la *Evangelium Vitae*: “Por lo demás, está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral (y jurídica, agregaría yo), bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano. Precisamente por esto, más allá de los debates científicos y de las mismas afirmaciones filosóficas en las que el Magisterio no se ha comprometido expresamente, la Iglesia siempre ha enseñado, y sigue enseñando, que al fruto de la generación humana, desde el primer momento de su existencia, se ha de garantizar el respeto incondicional que moralmente se le debe al ser humano en su totalidad y unidad corporal y espiritual: ‘El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida’”<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> *Evangelium Vitae*, 60.