

## La protección de la persona por nacer en el derecho argentino

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

El reconocimiento jurídico de la personalidad al ser humano en el derecho argentino se produce en el momento de la concepción. En este breve análisis, comenzaremos por las normas de derecho constitucional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en las condiciones de su vigencia, que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

### 1. El texto constitucional

El art. 75, inc. 23, nos ofrece una primera definición del término niño, cuando establece que será facultad del Congreso Nacional dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, “*desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia*”. Sin lugar a dudas, esta expresión indica claramente que el niño por nacer es persona, pues la Constitución se preocupa de su protección desde que existe en el seno materno.

A su vez, el art. 16, que establece que todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley, resulta particularmente relevante cuando es integrado con otras normas sobre comienzo de la existencia de la persona.

### 2. Tratados Internacionales de Derechos Humanos

En los Tratados Internacionales que el art. 75, inc. 22, incorpora a la Constitución tenemos expresos reconocimientos de la personalidad jurídica de todo ser humano desde su concepción.

En este sentido, para la República Argentina se entiende por *niño* “*todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad*”. En efecto, al ratificar la *Convención de los derechos del niño*, nuestro país formuló diversas reservas, entre las que se encontraba la presente relativa a qué se entiende por niño<sup>1</sup>. De este modo, cuando en 1994 se otorgó jerarquía constitucional a este tratado internacional en las condiciones de su vigencia, la reserva formulada por nuestro país adquirió dicha jerarquía, de modo que podemos afirmar sin lugar a dudas que *la Constitución reconoce al niño como persona desde su concepción*.

Igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su art. 1º, establece que “*persona es todo ser humano*”, para luego reconocer en el art. 4º que “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida*. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a

---

<sup>1</sup> La reserva fue efectuada en el art. 2º de la Ley 23.849.

*partir del momento de la concepción*". Del juego de estas disposiciones puede igualmente concluirse que comienza la existencia de la persona desde su concepción.

También podemos señalar que en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* se reconoce implícitamente la personalidad jurídica del por nacer, cuando en el art. 6º, inc. 5, se prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez.

### 3. Código Penal

Mientras que corresponde al Código Civil reconocer a nivel legal el concepto de persona, la tutela de los derechos fundamentales de la persona se encuentra confiada al Código Penal.

El Código Penal Argentino, en su Libro II, Título I, tipifica los delitos contra las personas. Dentro de este título, en el Capítulo I (delitos contra la vida), se encuentran contenidas las normas que reprimen el aborto<sup>2</sup>. A continuación, ofrecemos un esquema de sus disposiciones:

art.	Descripción	Pena
85, inc. 1	El que causare un aborto, si obrare sin consentimiento de la mujer.	Reclusión o prisión de 3 a 10 años.
85, inc. 1	Ídem anterior, seguido de muerte de la mujer.	Ídem hasta 15 años.
85, inc. 2	El que causare un aborto obrando con consentimiento de la mujer.	Ídem 1 a 4 años.
85, inc. 2	Ídem anterior, seguido de muerte de la mujer.	Ídem hasta 6 años.
86	Médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.	Misma pena que el art. 85 más inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena.
87	El que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de la paciente fuere notorio o le constare.	Prisión de 6 meses a 2 años.
88	La mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare.	Prisión de 1 a 4 años.

<sup>2</sup> El homicidio simple se encuentra reprimido con pena de reclusión o prisión de 8 a 25 años (art. 79, Código Penal).

Ahora bien, junto con estas normas que reprimen el aborto, el mismo Código Penal declara no punibles algunos casos:

“art. 86: [...] El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Como se advierte, la coherencia de la ley penal argentina no es absoluta, ya que si bien sanciona penalmente la generalidad de los atentados contra la vida del por nacer, decide no penar algunos supuestos, afectando así el derecho inviolable a la vida del por nacer.

A la luz de las normas constitucionales antes transcriptas, consideramos que los supuestos de no punibilidad contenidos en el art. 86 del Código Penal no respetan el derecho constitucional a la vida<sup>3</sup>.

Debe mencionarse que el 13 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta una sentencia en la causa “F., A. L.”, en virtud de la cual interpretó los alcances de la causal de no punibilidad del inciso 2 del artículo 86 y sostuvo que la expresión “violación” debía aplicarse a toda mujer y no sólo a la mujer idiota o demente. El fallo fue motivo de un encendido debate en razón de afectar el derecho a la vida de la persona por nacer<sup>4</sup>.

#### **4. Otras leyes**

Junto con las claras disposiciones del Código Civil, encontramos otras leyes nacionales que reconocen este “comienzo” de la existencia de la persona. A continuación presentamos algunos ejemplos:

a) La *Ley 24.901* (1997), 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

---

<sup>3</sup> Ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Reflexiones sobre el llamado aborto terapéutico”, en *El Derecho*, Tomo 214, p. 95.

<sup>4</sup> BASSET, Úrsula, “En el Estado de Derecho, la tutela de la vida no admite excepciones”, en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, N° 12.087, 10 de septiembre de 2008, p. 3.

momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social”.

b) También el art. 9° de la *Ley 24.714* (1996) de Asignaciones Familiares dispone: “La asignación prenatal consistirá en el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abonará desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo”.

c) Por su parte, *la Ley 25.543* (2002) 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°).

## **5. LA PERSONA POR NACER EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

El Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (*BO* 8-10-2014), se refiere a la persona por nacer en el Capítulo 1 del Título I, del Libro I, dedicado al comienzo de la existencia de la persona y que consta de 3 artículos: 19 (comienzo de la existencia de la persona), 20 (duración del embarazo) y 21 (nacimiento con vida). A continuación analizamos estas normas y algunas otras concordantes.

El artículo 19 del Código Civil finalmente sancionado dispone:

“Artículo 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Este artículo fue eje de una de las principales controversias durante todo el proceso de redacción y discusión del nuevo Código Civil. En tal sentido, existe amplio acuerdo, desde la primera redacción hasta el final, en cuanto a mantener la tradición jurídica argentina que dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción y, por tanto, que reconoce al ser humano en su etapa anterior al nacimiento como “persona por nacer”. La discusión se planteó, ya desde el inicio del proceso de reforma, en torno a la situación de los embriones humanos no implantados concebidos por técnicas de fecundación artificial. La redacción inicial, que incluía dos momentos diferenciados para el inicio de la vida y consideraba que el embrión no implantado no era persona, fue finalmente reemplazada por un texto unificado que considera que la existencia de la persona humana comienza en la concepción. Consecuentemente, de la inicial propuesta de dos momentos de inicio de la vida hemos pasado a un único momento. Ese momento es el de la concepción, que como su nombre lo indica refiere al primer momento en que existe una persona. Por tanto, si había duda sobre la situación de la persona dentro o fuera del seno materno, en la redacción final hay que interpretar que al hablar de concepción el artículo 19 lo hace sin diferenciar si ocurre

dentro o fuera del seno materno. En síntesis, la finalidad de la norma del artículo 19 es establecer el primer momento de existencia de la persona y ubica tal momento en la concepción, entendida como fecundación, ya sea dentro o fuera del seno materno.

Respecto a la época de la concepción, dispone el artículo 20 CCC: “Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos (300) días y el mínimo de ciento ochenta (180), excluyendo el día del nacimiento”.

Por su parte, el artículo 21 CCC dispone:

“Artículo 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió.

El nacimiento con vida se presume”.

Estas disposiciones no deben entenderse como negatorias de la personalidad del concebido, pues su origen se vincula con evitar fraudes sucesorios.

En cuanto a su capacidad, la persona por nacer es persona y goza de la capacidad que le reconocen los artículos 22 y 23. Por su parte, en cuanto a la “capacidad de ejercicio”, el artículo 24 dispone: “Artículo 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer [...]”. El artículo 101 señala quiénes son los “representantes” de la persona por nacer: “Artículo 101.- Enumeración. Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres [...]”.

La plena personalidad de la persona por nacer también se reconoce en el artículo 574, que dispone:

“Artículo 574.- Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida”.

La norma es consecuencia lógica de la regla del artículo 19. Respecto a la condición de dicho reconocimiento al nacimiento con vida, nos remitimos a lo ya dicho sobre el actual artículo 74 y el nuevo artículo 21.

La persona por nacer aparece también en el artículo 592 sobre impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley:

“Artículo 592.- Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer.

Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

Hay que aclarar que también la persona por nacer puede ser titular de alimentos y que el hecho de que se permita discutir la filiación prenatalmente señala que el momento decisivo para la configuración de los vínculos filiatorios es el de la concepción.

Entre las normas vinculadas con la persona por nacer tenemos que mencionar el artículo referido a los herederos:

“Artículo 2279.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento”.

El artículo, en lo que concierne a las personas por nacer, viene a reemplazar el artículo 3290, que actualmente dispone: “Artículo 3290.- El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto tampoco puede sucederle”.

En la nueva redacción, la persona concebida en principio podrá suceder si nace con vida y se establece una regla especial para los concebidos por técnicas de fecundación artificial. En tal caso, se pone como regla el nacimiento con vida conforme a las reglas de filiación.

La redacción no cambia la regla del artículo 19. Respecto a la exclusión de los embriones que no nazcan con vida, recordemos lo ya dicho sobre la razón de ser del artículo 74 del Código Civil. Esa misma decisión prudencial legislativa se encuentra hoy en el artículo 2279.

Entre las normas que se refieren a la persona por nacer, en la versión finalmente aprobada del nuevo Código tenemos que mencionar el artículo 57, que dispone:

“Artículo 57.- Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”.

Al respecto, la expresión “embrión” aquí parece ubicarse en el contexto de biotecnologías que manipulan la vida humana, que son limitadas con una prohibición. El artículo 57, cuando habla de la “descendencia” del embrión, lo identifica por completo con el término persona humana. Pues bien, a los fines del reconocimiento de la personalidad, el artículo 57 es consistente con la interpretación del art. 19, que sostiene que la existencia comienza con la fecundación pues en la fecundación se termina de conformar el código genético propio e irrepetible que acompaña a la persona humana durante toda su vida. Y una “alteración genética del embrión” sólo podría realizarse extracorpóreamente, de modo que ese embrión tiene derechos personalísimos y, por tanto, es persona.