



## EL DERECHO A NACER DEL NASCITURUS

En atención al despacho favorable que la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados de la Nación diera al proyecto de ley que pretende reglamentar el procedimiento a seguir en casos de abortos no punibles, conviene tener presente algunos datos provenientes de la Biología, como asimismo precisar consideraciones ético-jurídicas.

### I)- ESTATUTO BIOLÓGICO DEL NASCITURUS

Gracias a los aportes de la Biología, Genética y Embriología Clínica<sup>1</sup>, la ciencia ha demostrado que la vida humana individual comienza con la fecundación del óvulo que constituye una nueva realidad biológica, distinta de la materna y con un patrimonio cromosómico propio. Con esta pequeña célula inicial, totipotente y de gran especialización, se da el inicio de todos los seres humanos como individuos únicos.

A partir de aquel instante inicial, el crecimiento y desarrollo por el que atraviesa, se da como un proceso continuo en el que no ocurre salto alguno. Efectivamente entre las distintas fases por las que transcurre el desarrollo del feto, el biólogo encuentra una concatenación de procesos vitales determinados por el código genético, que fue constituido en el momento de la fecundación. Ello nos permite sostener que cada nueva vida no es un ser humano potencial, sino un ser humano con potencialidades.

En los diversos estadios que recorre (huevo o cigoto, embrión, feto) tres cosas necesita de la madre: oxígeno, temperatura y nutrientes. En lo demás, por ser **Autónomo**, el movimiento de segmentación y diferenciación lo hace solo, en un proceso coordinado, continuo y gradual.

En este sentido nuestra jurisprudencia ha dicho:

*“En el ordenamiento legal y constitucional argentino la existencia de la persona comienza desde la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.” (CN Civil, Sala I, 1999/12/03 LL 2001- C- 825)*

### II)- EL INICIO DE LA VIDA HUMANA

Un tema fundamental a la hora de acordar protección jurídica al nasciturus es definir qué es la vida, para luego determinar si el cigoto es una nueva vida individual.

Comencemos definiendo el término **vida** desde la Antropología Filosófica dado que su objeto de estudio es precisamente el mundo de la vida.

---

<sup>1</sup> MOORE, Keith L. Embriología Clínica MEGRAW-HILL Interamericana, México 1995



La vida, en términos filosóficos parte de la noción vulgar, es decir la vida como movimiento y se extiende a todo cambio, visible e invisible. A esta noción vulgar debemos agregar tres notas:

- 1- **Se trata de un movimiento inmanente**<sup>2</sup>, es decir permanece en el sujeto viviente;
- 2- **es espontáneo**: el cambio se suscita naturalmente frente a estímulos externos.
- 3- **y de automoción**: El movimiento es atribuido al mismo viviente y no a causas externas.

Estas notas nos permiten definir filosóficamente la vida como: **toda actividad del viviente que procede de la interioridad del mismo.**

Visto los datos de la Biología, queda claro que las notas que nos permiten definir qué es un viviente (inmanencia, espontaneidad y automoción) se dan acabadamente en esta célula completa resultante de la fecundación que es el cigoto.

El crecimiento y desarrollo embrionario, como paso de lo único, simple e indiferenciado a lo múltiple, compuesto y diferenciado (cigoto), indica que estamos frente a un nuevo viviente, un unum per se, es decir una unidad sustancial que se automueve. Individualidad sustancial que en virtud de su propia naturaleza es causa eficiente de su propia actividad.

El nuevo sistema no es una simple suma de dos subsistemas, sino un sistema combinado que comienza a operar como una nueva unidad, intrínsecamente determinada para lograr su forma definitiva específica si se dan todas las condiciones.

Resulta interesante destacar un fallo de 1979 que se inscribe en esta línea, al recordar *“que la vida se entiende como lo que hace que un ser natural sea capaz de una actividad inmanente autopercetiva”* ( C.Apel. C.C. Mercedes, Sala II 9 de octubre de 1973, voto del Dr. Varela, en El Derecho 86, 899 y siguientes)

### III)-CONSIDERACIONES ETICO-JURIDICAS

Siempre han existido prácticas opuestas a la vida humana individual, tales como la figura del homicidio intencional, el aborto procurado, ejecuciones de pena de muerte de extrema violencia o cruentas guerras fratricidas. Pero allende estas prácticas de suyo indignas de la condición humana, un nuevo fenómeno aparece en escena revestido con una ignominia nunca vista. Nos referimos al **proyecto anti-vida** como especie de plan organizado por el hombre con un objetivo muy preciso: destruir la vida humana en general.

Pero algo aún más inédito proveniente del mundo del Derecho, agrega mayor iniquidad a este panorama, cual es el intento de justificar legalmente estas barbaries en nombre de los derechos que derivan de la libertad individual.

---

<sup>2</sup> BLANCO, Guillermo P. Curso de Antropología Religiosa educa Bs. As. 2002



El avance de una legislación anti-vida traducida en leyes que o bien despenalizan lo que otrora eran delitos contra la vida humana, o bien favorecen situaciones reñidas con la ley natural, son el resultado de *la desvinculación del derecho del orden moral*. Esta pretendida autonomía de la ley, que busca operar independientemente de toda valoración moral conlleva un reto que, una ciudadanía adulta, participativa y responsable no puede eludir. Cual es la urgencia de *recuperar la dimensión normativa y valorativa del derecho y el reconocimiento de los principios jurídicos como criterio político y legislativo*.

Sobre el particular son esclarecedoras las enseñanzas de Bernardino Montejano cuando afirma que en Política, *la primera regla es seguir la naturaleza*. Sí el poder político transgrede la naturaleza pierde sustento y debilita su fuerza moral. El criterio de la naturaleza rige toda una política de Estado que se traduce en una legislación acorde. Por ello todo legislador prudente, nos dirá el autor, deberá estudiar la naturaleza humana y las circunstancias en las cuales esa naturaleza se realiza, dado que el destinatario de la legislación es únicamente el hombre<sup>3</sup>

A nadie puede escapar el quiebre que significaron los juicios de Nüremberg al modelo jurídico que pretende reducir el derecho a la ley. Sí algo quedó al descubierto en aquellas tristemente célebres declaraciones y sentencias fue, como en nombre de un derecho vigente se cometieron flagrantes violaciones de los derechos fundamentales del hombre. El mundo jurídico debió entonces reconocer la existencia de un principio general del derecho aceptado por las naciones civilizadas, **relativo al respeto y a la dignidad de la persona humana**. Ello significó un nuevo enfoque en la concepción del derecho y su relación con la moral y trajo consigo una dura crítica al positivismo jurídico, para dar cabida a la teoría de *los principios generales del derecho*<sup>4</sup>

El derecho existe por y para el hombre, para favorecer el desarrollo o protección de los bienes básicos, en la terminología de Finnis. Los principios jurídicos que abrevan en la misma naturaleza humana, representan aquel sector del derecho que tiene status per se. Se trata de **principios jurídicos** que se identifican con los *derechos naturales originarios o derechos humanos fundamentales*.

Es innegable que constituyen verdaderos principios jurídicos en la medida en que *“son punto de partida desde el cual una realidad es, se hace o se conoce como jurídica, atento a que expresan la juridicidad primera o radical que permite constituir, confirmar o invalidar cualquier otra juridicidad creada por los hombres”*.<sup>5</sup>

Desde esta perspectiva, se entiende que los derechos humanos naturales representan una noción valorativa en cuanto protegen o reconocen jurídicamente ciertas exigencias que todo hombre necesita para perfeccionarse como tal. Es a partir de ello como se construye el derecho, no a la inversa. Esto es algo que deberán replantearse los responsables de legislar políticas que terminan siendo atentatorias de la vida humana. Dada su dimensión fundante, justificadora y jerarquizadora de las demás normas jurídicas, la autoridad política especialmente la legislativa, está llamada a

<sup>3</sup> MONTEJANO, Bernardino Curso de Derecho Natural Abeledo-Perrot, Bs. As. 1994

<sup>4</sup> BLASQUEZ, Niceto Bioética Fundamental BAC Madrid 1996

<sup>5</sup> VIGO, Rodolfo Los Principios jurídicos- perspectiva jurisprudencial Depalma Bs. As. 2000



*compatibilizar* el ordenamiento jurídico con las exigencias del Derecho Natural, acuñando normas que *respeten* la dignidad humana y *protejan* legalmente la vida desde su concepción hasta la muerte natural.

#### IV)-EL ESTATUTO JURIDICO DEL NASCITURUS

Sí la vida humana comienza con la concepción, según lo expuesto en los puntos precedentes, el concebido no nacido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca. Su estatuto biológico lo coloca en paridad ontológica con otra persona humana cualquiera, y por ende goza de los mismos derechos que el ordenamiento jurídico otorga a las personas ya nacidas.

Por otra parte, cabe destacar que para el derecho argentino, **el derecho a la vida o derecho a vivir**, integra los llamados derechos de la personalidad, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico. Con la expresión derecho a la vida queda comprendido tanto el derecho a seguir viviendo como el que no se anticipe la muerte, que en el tema que nos preocupa, implica tanto la protección del ser ya nacido, como la protección del embrión.

Como lo afirma Alberto Rodríguez Varela: *“la primera formulación concreta del derecho a la vida es el derecho a nacer. Es cierto que en la antigüedad, a pesar de no reconocerse a los hombres la libertad civil, la vida fue amparada desde la concepción en ordenamientos fundamentales como el Código Hamurabi, en la legislación de asirios y babilónicos, el Libro de los Vedas y las leyes de Manú...”*

En este sentido se expresa Orgaz<sup>6</sup> al considerar que el embrión humano se halla protegido por las normas penales que consideran delito el aborto provocado (art. 85 C.P.)

*“Al derecho a vivir que tiene toda persona cabe reconocer en el nasciturus el derecho de nacer como manifestación particular del anterior”<sup>7</sup>*

*“La vida intrauterina es un bien jurídico y pertenece al ser que vive en el seno materno, por lo que se ha de pensar sin duda que ese mismo ser titulariza el derecho a gozar ese bien suyo que se llama vida”<sup>8</sup>*

En idéntico sentido se ha expedido recientemente la Corte Suprema, en fallo: S. 1091. XLI. Sánchez, Elvira Berta c/ M<sup>o</sup> J y DD HH- art. 6 ley 24.411 (RESOL. 409/01), donde se reconoce expresamente el derecho a la vida de la persona por nacer al conceder una indemnización por daños a la abuela de un nonato asesinado junto a su madre en la época de la dictadura militar.

Al respecto, la Corte sostuvo que *“el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado*

<sup>6</sup> ORGAZ, Alfredo Derecho Civil Argentino- Personas Individuales Depalma Bs. As. 1996

<sup>7</sup> Juzg. Primera Instancia Civ. 18, firme 26/4/88, LL 1989-C- 434

<sup>8</sup> Juzg. Primera Instancia penal 18, firme 2/6/89, DJ 1989-2-258



*por la Constitución Nacional (doctrina de fallos 323.1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional". (CSJN "Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y derechos Humanos" del dictamen del procurador Ricardo Bausset de fecha 28 de febrero de 2006 y del voto de los ministros Elena Highthon de Nolasco y Eugenio Zaffaroni.*

## **A MANERA DE COROLARIO**

A nadie escapa las dolorosas y traumáticas situaciones que contemplan las figuras del aborto terapéutico y el denominado aborto eugenésico que el Código Penal regula como no punibles. La sociedad debe acompañar con políticas sociales y sanitarias a la madre en estas penosas circunstancias. Sin embargo dos aclaraciones debemos hacer al respecto:

-El hecho de que la legislación penal no penalice ciertos supuestos de aborto, no implica que tal práctica deba ser autorizada mediante la reglamentación del procedimiento a seguir. El Estado exceptúa de la sanción correspondiente a estos atentados contra la vida humana, en razón de la situación de vulnerabilidad de quienes lo perpetran. Claro está que ello va en desmedro de los derechos del más vulnerable de los humanos: el nasciturus.

-Estamos frente a situaciones de difícil solución en la que se enfrentan distintos bienes jurídicos. Ni la salud e integridad física o psíquica de la madre, ni pretendidas razones eugenésicas resultan equiparables al derecho a la vida que detenta el niño por nacer. Al respecto, los legisladores deberían plantearse el dilema que en la antigua Grecia proponía Platón en uno de sus diálogos: ¿es preferible sufrir una injusticia o cometerla?

San Juan, 29 de junio de 2007



## **BIBLIOGRAFIA**

**Ariza Alfredo, Andújar Miryan Clonación, reparos éticos y jurídicos, Papiro San Juan 2003**

**Blanco, Guillermo P. Curso de Antropología Religiosa, educa Bs. As. 2002**

**Blázquez, Niceto: Bioética Fundamental BAC Madrid 1996**

**Borda Guillermo, Tratado de Derecho Civil Parte general Tomo I ed Perrot Bs. As. 1985**

**Chaunu, Pierre: Memoria de la Eternidad Rialp 1979.**

**Llambías Jorge Joaquín, tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I, ed Perrot, Bs. As. 1964**

**Juan Pablo II, Carta Encíclica Evangelium Vitae 1995**

**Lona, Jorge Luis Pbro. El proyecto anti-vida: su derrumbe Impresiones Buffagni, San Juan 1996.**

**López Barahona, Mónica- Lucas Lucas Ramón, El inicio de la vida- Identidad y estatuto del embrión humano, BAC, Madrid 1999**

**Montejano, Bernardino: Curso de Derecho Natural, Abeledo-Perrot Buenos Aires 1994**

**Moore Keith L. Embriología Clínica ed McGraw- Hill Interamericana, Méjico 1995**

**Mosset Iturraspe Jorge El valor de la vida humana ed Rubinzal-Culzoni Bs. As. 1996**

**Orgaz Alfredo Derecho Civil Argentino- Personas Individuales ed Depalma Bs. As. 1996**

**Vigo Rodolfo L. Los principios jurídicos-Perspectiva jurisprudencial, Depalma Buenos Aires, 2000.**