

¿CUÁL ES EL ESTATUS JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO?

UN ESTUDIO MULTIDISCIPLINARIO*

Por GASTÓN FEDERICO BLASI

SUMARIO: A) PALABRAS DE INICIO. B) ¿CUÁNDO ACAECE LA CONCEPCIÓN?: 1) Teoría del Proceso de fecundación; 2) Teoría de la anidación; 3) Teoría de la formación del sistema nervioso central. C) ANÁLISIS METAFÍSICO: 1) Etimología del vocablo *persona*; 2) Ontología del vocablo *persona*. D) ¿CUÁL ES EL ESTATUS JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO?: 1) La reforma constitucional de 1994: artículo 75 inciso 23; 2) ¿Es ficticia la personalidad del *nasciturus* para la normativa civil? E) LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL *NASCITURUS*: ENFOQUE COMPARADO. F) PROPUESTA DE CIERRE.

A) PALABRAS DE INICIO

En las páginas venideras se analizará y encuadrará la posición jurídica que el embrión humano ocupa dentro del sistema constitucional argentino. La problemática aquí planteada no se limita al simple estudio jurídico de la cuestión, sino que el debate deberá realizarse de manera interdisciplinaria, pues incluye aspectos biológicos y filosóficos. En efecto, la trascendencia, así como la multiplicidad de argumentos relacionados con esta temática, exigen que las soluciones jurídicas sean abordadas desde diferentes perspectivas con alcance universal, pero partiendo de la realidad biológica humana, puesto que ésta constituye la base de las demás controversias.

Haciendo uso de la biología y, más específicamente de la embriología, se intentará determinar el instante en que un ser humano comienza a existir con el propósito de establecer el momento a partir del cual es factible atribuir relevancia jurídica a la vida humana. Luego, se efectuará un estudio metafísico buscando, de este modo, precisar el carácter ontológico del embrión humano, para lo cual, previamente, deberá especificarse qué es una persona humana y, en consecuencia, cuáles son sus características definitorias. A continuación se intentará dilucidar la condición jurídica que detenta en el sistema positivo nacional. Finalmente, se analizará el estatus legal del embrión en el sistema constitucional estadounidense haciendo hincapié en el *leading case*, *Roe v. Wade*, sentenciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Antes de comenzar con el desarrollo de este complejo tópico es menester aclarar que los vocablos: concebido, embrión humano, feto o *nasciturus*¹, a los fines del presente elaborado, se utilizarán para hacer referencia, de acuerdo con la terminología empleada en el código civil, a la persona por nacer, es decir al ser humano en gestación. Asimismo, es necesario puntualizar que el vocablo *persona* admite, de acuerdo al contexto, diversos matices y resonancias: metafísico o jurídico.

* Publicado en *PERSONA, DERECHO Y LIBERTAD*, Perú, MOTIVENSA, 01/01/2009, ISBN 978-9972-2976-5-6, pp. 95-120.

¹ Etimológicamente el vocablo latino *nasciturus* es el participio futuro de *nasci* = aquel que nacerá, que está por nacer. *Dizionario Italiano-Latino*, vol. II, Torino, Rosenberg & Sellier, 1965, p. 1528.

B) ¿CUÁNDO ACAECE LA CONCEPCIÓN?

La vida de una persona es larga, no se sabe a ciencia cierta cuándo terminará, pero ciertamente puede intentarse señalarse un instante preciso, objetivamente fijado, en que empieza a ser, identificándose el inicio de su ciclo vital con la concepción.² En las páginas sucesivas se intentará demostrar que el vocablo *concepción*, en realidad, alude a un concepto de orden biológico, que no necesariamente se identifica con el momento en que inicia la gravidez de una mujer como indica su significado literal.³ Entonces, ¿a qué se refiere el Derecho al considerar el comienzo de la vida humana con la concepción? Para poder responder este interrogante es imprescindible, en primera instancia, recurrir a la Biología con el propósito de determinar cuándo inicia la vida de un ser humano. Nótese que el proceso de formación de un ser humano es hartamente complejo. La gestación y el desarrollo de todo individuo humano se producen a lo largo de un período de tiempo, que, para facilitar su estudio, es fraccionado en distintas etapas superpuestas y condicionadas, de manera parcial, entre sí.⁴ El dilema es especificar, desde el plano biológico, qué se entiende por concepción, para lo cual se esbozarán diversas teorías a través de las cuales se intenta resolver la cuestión.

1) Teoría del proceso de fecundación

Los sostenedores de esta postura afirman que la concepción de un ser humano no sobreviene con la simple penetración de la membrana que recubre el óvulo por la cabeza del espermatozoide. Ello no da origen a un nuevo código genético humano, sino que conforma una célula que contiene dos núcleos –una célula *pro-nucleada*-, dos realidades diferentes. El inconveniente de aseverar que el ovocito pronucleado tiene la potencialidad de convertirse en una persona, radica en que, en realidad, los gametos femenino y masculino, *per se* o unidos, y no unificados, carecen de todo tipo de potencialidad de vida humana

² Etimológicamente el vocablo *concebir* deriva del verbo latino CONCÍPERE (CON = *medio* y CÍPERE = *contener*) utilizado para referirse al feto que se desarrolla en el claustro materno. DIZIONARIO ITALIANO-LATINO, vol. I, Torino, Rosenberg & Sellier, 1965, p. 486.

"[...] la vida humana se inicia en el momento de la concepción, [...] a partir de esta comienza un nuevo ciclo vital. El nuevo ser inicia su vida individual, es el autor de sus operaciones, las dirige y controla de modo autónomo." ANDORNO, R., *El Derecho a la Vida: ¿Cuándo Comienza? (A propósito de la fecundación "in vitro")*, en 'El Derecho', 1989, Tomo 131, pp. 907/8.

³ "Concebir: 3. Intr. Dicho de una hembra: Quedar preñada." REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, t. I, Buenos Aires, Espasa, 2004, p. 611.

⁴ A partir de la entrada del espermatozoide en el óvulo se crea la célula diploide, comenzando así el período embrionario de gestación – día 0 a 21. Cuando los veintitrés pares de cromosomas masculinos y femeninos se fusionan – singamia -, aproximadamente entre las 6 y 24 horas posteriores a la unión de los gametos, se produce el intercambio de la información genética y se forma un código genético único. Luego se suceden las etapas de: segmentación, cavitación y gastrulación. Entre la segunda y tercera semana de gestación el embrión se traslada desde el lugar donde se produce la fecundación y posterior singamia hasta el útero, donde acaece la anidación por acción conjunta del útero que lo atrae y lo fija con mucosa y diminutas prolongaciones tentaculares de la blástula que le permiten implantarse en el endometrio. Entre los días 22 y 56 comienzan a aparecer los esbozos de la mayor parte de los órganos y se gesta la forma definitiva del embrión. El período fetal es la etapa final de gestación y va desde el día 57 al 266. En su transcurso comienza el crecimiento corporal, se crean las primeras células orgánicas específicas de la preforma de la corteza cerebral interna y el sistema nervioso y los órganos son capaces de funcionar. Ver CARLSON, B. M., *Human embryology and developmental biology*, St. Lois, Mosby, 1999; COCHARD, L. R., *Atlas de embriología humana*, Madrid, Elsevier-Masson, 2005; DUMM, C. G., *Embriología Humana*, Buenos Aires, El Ateneo, 2003; HIB, J., *Embriología Médica*, Chile, McGraw-Hill, 1999; LARSEN, W. J., *Human Embryology*, New York, Churchill Livingstone, 2001; MOORE, K. L., PERSAUD, T. V. N., *The developing human: clinically orientated embryology*, Philadelphia, Saunders, 1998; SADLER, T. W., *Embriología médica de Langman*, Elsevier-Masson, 2006.

independiente.⁵ La potencialidad que aquel tiene de llegar a ser una persona, demuestra precisamente que no lo es, pues corre con el riesgo de detenerse espontáneamente en su desarrollo, de transformarse en una mola hidatídica, o bien, originar un teratoma.⁶ Esto significa que éste no está dotado de un patrimonio génico humano y, por ende, el mero empalme de ambas células germinales no equivale a la concepción, pues con ello no hay vida humana nueva, no hay una realidad genéticamente individual y distinta de aquellas que la originan.

La fecundación es un proceso biológico progresivo que culmina con la conjugación de los pronúcleos del óvulo y del espermatozoide –o singamia. Luego de que el espermatozoide ha penetrado el ovocito, se produce, aproximadamente entre las doce y dieciocho horas posteriores, la combinación de los cromosomas, configurándose así el intercambio de la información cromosómica que determina la aparición de una nueva y exclusiva estructura genética, es decir la formación del genotipo. A partir de ese momento, se encuentra fijado el programa de lo que será la nueva entidad humana viviente, genéticamente única y autónoma, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir durante la gestación, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético, del cual dependerá el aspecto morfológico y morfogenético de cada momento de su vida.⁷

En suma, la combinación cromosómica de las células reproductivas genera la célula más especializada, o cigoto, restableciéndose así el número diploide de cromosomas, dando vida a un nuevo ser humano con individualidad genética, diversa e inédita de la de sus progenitores, iniciándose de este modo un proceso uniforme y progresivo que estará guiado por él mismo.⁸

⁵ Efectivamente, la potencialidad de volverse alguien, difícilmente es lo mismo a ser alguien, no es lo mismo una cierta cantidad de ladrillos apilados que una casa construida.

⁶ "Mola hidatídica o hidatiforme: (del gr. Mule, falso germen). Masa carnosa que se desarrolla en el útero. Es un tumor derivado de las vellosidades coriales, de la placenta, debido a una transformación quística de las mismas, a la que se agregan lesiones del epitelio y de los vasos. Puede ser embrionada o hueca, según contenga o no el embrión, que en general está muerto y atrofiado." BRAIER, L., *Diccionario Enciclopédico de Medicina*, Barcelona, Editorial JIMS, 1982, pp. 597/8.

"Teratoma: (del gr. Teras, monstruo y oma, tumor). Tumor originado en la inclusión de productos del desarrollo de células germinales aberrantes o independientes. Son verdaderos tumores que contienen diversos tejidos, incluso algunos no presentes normalmente en ese sitio." IBIDEM, p. 921.

Mas debe observarse que jurisprudencialmente se ha establecido el deber de proteger, cuidar y tratar al ovocito pronucleado como si fuese una persona ante la incertidumbre de no poder excluirlo como tal. Ver CNCiv., sala I, causa nº 49.760, *Rabinovich, Ricardo D. s/ Fecundación in vitro*, 03/12/1999, en 'La Ley', 2001, Tomo C.

⁷ Ver LACADENA CALERO, J. R., *La naturaleza genética del hombre: consideraciones en torno al aborto*, en 'Cuenta y Razón', Madrid, FUNDES, nº 10, 1983, p. 40/1; LEJEUNE, J., *Genética, ética y manipulaciones*, Conferencia editada por la Universidad Católica de Córdoba, 1986; THEVENOT, X., *La Bioética*, Bilbao, Mensajero, 1990, p. 80.

Nacer es salir al mundo luego de haber adquirido el desarrollo requerido, por ende el ser humano es anterior al nacimiento. Ver CIFUENTES, S., *El Nasciturus*, en 'El Derecho', 1966, Tomo 15, p. 956.

Esto demuestra que "el devenir del ser humano se inicia a partir de una simple célula – cigoto – formada por la fusión de las dos células germinales – gametos – que tras el proceso de desarrollo, *in bonis condicionibus* dará lugar a la formación del individuo adulto." BANCHIO, E., *Status Jurídico del "Nasciturus" en la Procreación Asistida*, en 'La Ley', 1991, Tomo B, p. 828.

⁸ Ver Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, *Declaración sobre el aborto provocado*, Plenario Académico aprobado en sesión privada el 28/07/1994; SULLIVAN, D., *The conception view of personhood: a review*, en 'Ethics & Medicine', vol. 19, n. 1, 2003, pp. 11-33.

PODESTÁ, A., *Status Jurídico del Embrión*, en 'Revista del Notariado', Buenos Aires, Colegio de Escribanos, enero-febrero-marzo 1989, año XCI, nº 816, p. 152.

"Una vez que se produce la unión de ambos gametos – acto fecundatorio – hay dos pronúcleos separados, de donde no puede predicarse, [...], que existe un material genético nuevo. A las doce o veinticuatro horas [...], se funden los dos pronúcleos y, por ende, queda conformado un solo pronúcleo, [...] posee un material genético, [...], puede ya estimarse que existe un ser humano distinto de sus antecesores." BUERES, A., *Responsabilidad Civil de los Médicos*, t. I, Buenos Aires, HAMMURABI, 1992, p. 285/6.

2) Teoría de la anidación

Mediante la teoría de la anidación, se arguye que en el instante en que el embrión humano se implanta en la pared interna del útero –fenómeno que culmina alrededor de los catorce días posteriores a la fusión de los núcleos de los gametos– se produce un hito embriológico importante: la diferenciación de sus células y tejidos, por lo que recién, en ese momento, puede considerarse que se da inicio a la *existencia individualizada* del ser humano. Congruentemente con lo señalado, aduna esta teoría el hecho que si el embrión no se fijase en el endometrio, acontecimiento necesario para su posterior desarrollo, acabaría muriendo a los pocos días.⁹

Aquellos que sostienen esta tesis argumentan que el embrión, hasta el momento de la anidación, es un mero conjunto de células indiferenciadas que, a pesar de tener vida, la misma no es humana y, por consiguiente, no se está en presencia de un ser humano concreto, sino de una célula que tiene la potencialidad de devenir tal. En suma, quienes se enrolan en esta corriente de pensamiento explican que la concepción coincidiría con el inicio de la gravidez. Antes de esto, arguyen, el cigoto es un mero programa genético que solamente detenta el potencial teórico y estadístico para llegar a ser un miembro de la especie humana.

La fecundación es, simplemente, la penetración del espermatozoide en el ovocito, lo cual da origen al ovocito pronucleado. Ambos pronúcleos están perfectamente diferenciados, manteniéndose separados durante un lapso de entre 6 y 12 horas, aproximándose lentamente hasta encontrarse, instante en el cual inicia el proceso de fusión o singamia, durante el cual se unen los 23 cromosomas femeninos con los 23 cromosomas masculinos, intercambiando así la información genética, formando un código genético único o un nuevo genoma humano. En dicho momento se infiere que estamos ante un nuevo ser humano. CIFUENTES, S., *El embrión Humano. Principio de Existencia de la Persona*, en 'Abuso de Derecho y otros Escritos', en Homenaje a Abel M. Fleitas, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1992, p. 165.

En otras palabras, es posible determinar que el inicio de la vida humana comienza con la fusión de los núcleos masculino y femenino, o singamia. En dicho instante, dos realidades distintas se unen, surgiendo así un nuevo ser humano, irreplicable y original, una realidad completamente nueva y diversa de aquellas dos que le dieron vida, con la potencialidad y autonomía genética para llevar adelante su propia formación. LACADENA CALERO, J. R., *Aspectos Genéticos de la Reproducción Humana*, en 'La Fecundación Artificial: ciencia y ética', Madrid, Covarrubias, 1985, p. 9.

"Cada nuevo ser concebido recibe una combinación completamente original que no se ha producido antes y que nunca más se volverá a producir. [...] Tan pronto como los 23 cromosomas paternos encuentran los 23 cromosomas maternos, toda la información genética necesaria y suficiente para especificar cada una de las calidades innatas del nuevo individuo, se encuentran reunidas." LEJEUNE, J., *Le Médicin face aux Nouvelles Techniques de Procreation. La vie prénatale, biologie, moral et droit, Actes du colloque national de juristes catholiques*, p. 58, en KAISER, P., *Documentos sobre el Embrión Humano y la Procreación Médicamente Asistida*, en 'Jurisprudencia Argentina', 1990, Tomo III, p. 681.

La unión de los gametos masculino y femenino da origen al ovocito pronucleado o célula diploide. A partir de la fusión de ambos pronúcleos nace el embrión unicelular denominado cigoto o célula huevo – este período se extiende desde el día 0 al 21 de gestación. SANDLER, T., *Embriología Médica. Con Orientación Clínica*, España, Panamericana, 8ª Edición, 2001, p. 3.

⁹ Cocco, R., *Algunas consideraciones sobre los aspectos éticos del diagnóstico preimplantacional*, en 'Cuadernos de Bioética', n. 0, Buenos Aires, AD-HOC, 10/1996, pp. 53ss; FERRER, F., *El Embrión Humano y la Nueva Constitución*, en 'Jurisprudencia Argentina', 1995, Tomo II, p. 857; HELLEGERS, A., *Fetal development*, en Beauchamp T. M. y Le Roy W., *Contemporary issues in Bioethics*, Washington, 1989, p. 126; THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY ETHICS COMMITTEE, *Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies. The biologic characteristics of the preembryo*, en 'Fertility and Sterility', Official Journal of the American Fertility Society, vol. 46, n. 3, supl. 1, Birmingham, Alabama, 09/1986, pp. 27ss; THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY ETHICS COMMITTEE, *Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies. The moral and legal status of the preembryo*, en 'Fertility and Sterility', Official Journal of the American Fertility Society, vol. 46, n. 3, supl. 1, Birmingham, Alabama, 09/1986, pp. 30ss; THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY ETHICS COMMITTEE, *Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies. Biomedical research and respect for the pre-embryo*, en 'Fertility and Sterility', Official Journal of the American Fertility Society, vol. 49, n. 2, supl. 1, Birmingham, Alabama, 02/1988, pp. 3/4.

La idea predominante que se genera como consecuencia de la anidación es la *individuación* de un nuevo ser, esto significa que sin *singularización*, no hay persona. Para determinar la individualidad de cualquier ente, deben verificarse dos elementos: la *unicidad*, es decir la calidad de ser único e irrepetible, y la *unidad*, o sea ser una sola realidad que se distingue de cualquier otra.¹⁰ No puede tenerse certeza alguna que ambos requisitos se encuentran presentes en el embrión sino hasta el momento en que comienza la preñez, es decir una vez que éste se anida en la pared interna del útero, por cuanto con la singamia, el cigoto es una célula que puede, o bien dividirse en dos o más células que continuarán un desarrollo independiente dando lugar a uno o más nuevos individuos con las mismas características genotípicas –sería la hipótesis de los gemelos monocigóticos o univitelinos, único caso que, por azar de la naturaleza, y no por el actuar humano, dos individuos poseen la misma identidad genética-, o bien fundirse con otra u otras y dar lugar a anomalías estructurales cromosómicas, verbigracia: la existencia de seres de más de una estirpe celular en un mismo individuo originadas después del proceso de fecundación por algún fenómeno genético anormal –*mosaicos genéticos*– o la aparición de líneas celulares distintas originadas a partir de diferentes fuentes de fecundación producidas por la *fusión de dos embriones* distintos o por la fecundación simultánea del óvulo por un espermatozoide y un cuerpo polar derivado del mismo cigoto primario por otro espermatozoide originando un solo individuo –*quimeras genéticas*.¹¹ En consecuencia, quienes sustentan esta teoría, alegan que ni la *unicidad* ni la *unidad*, y por ende la individualidad, del nuevo ser estarían presentes durante el desarrollo embrionario anterior a la terminación de la nidación.¹²

Negar la calidad de individuo al embrión sólo porque puede dividirse, implica confundir individualidad con indivisibilidad: siempre habrá una individualidad con una potencialidad de divisibilidad cada vez menor, lo que no invalida que en todo momento, antes y después de una división con separación de células, se pueda hablar de un individuo, que será único y uno solo.¹³ Además, es dable pensar que la posibilidad de dividirse es una capacidad

¹⁰ LOYARTE, D., ROTONDA, A. E., *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 189 y 199.

¹¹ “Los *mosaicimos* pueden definirse como la presencia de dos o más líneas celulares en un individuo o en un tejido, con diferente constitución genética, pero derivadas del mismo cigoto. Los mosaicismos se originan, generalmente, como resultado de la no disyunción en las primeras divisiones mitóticas durante el desarrollo embrionario. Si, por ejemplo, en el cigoto humano las dos cromátidas del cromosoma 21 no se separan en la segunda división mitótica se originará un cigoto con cuatro células, de las cuales dos tendrán 46 cromosomas, una 47 (trisomía 21) y la otra 45 (monosomía 21). [...] Las *quimeras* se definen como la presencia de dos o más líneas celulares genéticamente distintas procedentes de más de un cigoto. En humanos las quimeras son de dos clases: dispérmicas y sanguíneas. Las quimeras dispérmicas se producen como consecuencia de una doble fecundación por dos espermatozoides genéticamente diferentes que fecundan a dos ovocitos, dando dos cigotos que se fusionan para formar un embrión. Las quimeras sanguíneas resultan del intercambio de células por vía placentaria entre gemelos no idénticos en el útero.” MUELLER, R. F., YOUNG, I. D., *Genética Médica*, Madrid, MARBAN, 2001, p. 52.

Sobre *Moisacismos y Quimeras Genéticas* ver BRAIER, L., *ob. Cit.*, pp. 602 y 771.

¹² Ver EDWARDS, R. G., *Conception in the human femóle*, Academic Press, London, 1980; LENTI, L., *La Procreazione Artificiale. Genoma della Persona e Attribuzione della Paternità*, Padova, Cedam, 1993, p. 220; MESSAGLIA DE BACIGALUPO, M. V., *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 2001, pp. 25-28.

“Con la anidación se define tanto la unicidad – calidad de ser único – como la unidad – ser uno solo – del embrión, ya que hasta ese momento pueden ocurrir naturalmente dos procesos: por un lado la fisión gemelar que hace que de un embrión se generen dos, y la fusión – procedimiento inverso – por el cual dos embriones se unen generando un único y nuevo embrión. [...] al menos cincuenta por ciento de los embriones formados naturalmente no se implantan.” GORINI, J., *La Doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la “píldora del día después”*, en ‘La Ley Suplemento Actualidad’, 04/08/2003, pp. 3/4.

¹³ VARSÍ, E., *Derecho Genético*, Lima, Grijley, 2001, p. 101.

característica del organismo humano durante esa etapa particular del desarrollo, al igual que otras facultades que le son únicas en determinadas fases de su evolución, verbigracia: en un primer momento se gatea, luego se aprende a caminar y, finalmente, a correr. En consecuencia, la casualidad que un mismo cigoto se divida en dos o más células que sigan un crecimiento independiente, no refuta en absoluto la individualidad que el embrión humano detenta desde que se produjo la fusión cromosómica de los gametos que le dieron vida.

En conclusión, determinar el momento de la concepción con el inicio de la gravidez de la mujer no añade nada a la conformación genética del ser humano, pero sí consciente, al extender el inicio de la existencia de la vida humana de dos semanas contadas a partir de la singamia, poder legitimar la experimentación con los embriones humanos, dado que, en definitiva, no se estaría en presencia de un ser humano, sino de un grupo de células que presentan una potencialidad de vida humana.¹⁴ Debe entenderse que el *nasciturus*, desde la singamia, pertenece al orden del ser, pues existe, al orden de la persona, pues no es una cosa, y por estas razones debe ser respetado como tal. Éste es un ser individual y autónomo, por cuanto se basta asimismo y efectúa él mismo la implantación en el endometrio.

3) Teoría de la formación del sistema nervioso central

Los adherentes a esta posición entienden que con la aparición de los rudimentos de lo que luego será la corteza cerebral, es decir la llamada línea primitiva, eje embrionario o surco neural, a partir del decimoquinto día de la evolución embrionaria, se está frente a un ser viviente, ya que recién allí el embrión presenta una pauta selectiva particularmente humana, que luego le consentirá trasladar la información genética específica al sistema nervioso central, lo que constituye su verdadera instancia diferenciadora.¹⁵

Aquellos que se enrolan en esta corriente infieren que exclusivamente cuando se emiten impulsos eléctricos cerebrales verificables, el individuo adquiere consciencia y, por ende, puede afirmarse que inicia la vida humana. Reconocer que el comienzo de la organización y formación del sistema nervioso central, a partir de la octava semana de la gestación embrionaria, es el punto determinante en la ontogénesis de todo ser humano, importa negar al embrión su calidad de humano durante las siete semanas subsiguientes a la culminación

Como si todo esto fuera poco, cabe agregar que “[e]n la mayoría de los tejidos y órganos, como la médula ósea y la piel, las células se dividen de forma continua durante toda la vida. Este proceso de división de las células somáticas, durante el cual el núcleo también se divide, se denomina *mitosis*. Durante la mitosis cada cromosoma se divide en dos cromosomas hijos, cada uno de los cuales se segrega a cada célula hija. De tal forma que el número de cromosomas por núcleo permanece inalterable.” MUELLER, R. F., YOUNG, I. D., *ob. Cit.*, p. 37.

¹⁴ “La fecha de 14 días para dar valor al embrión humano es completamente arbitraria desde los puntos de vista biológico y racional. Se trata, en todo caso, de una realidad profundamente respetable, puesto que posee, en condiciones normales, la capacidad de dar origen a un individuo humano completo por el complicado proceso de ontogenia, y a una o más personalidades humanas. Dejando a parte otros razonamientos está acreditado biológicamente que no hay desarrollo cuantitativo y cualitativo a partir del cigoto, que permita señalar un momento posterior en el que se acceda a la condición humana. Es estrictamente científico afirmar que en el cigoto y en sus fases ulteriores de transformación – por muy tempranas que sean – existe ya, potencialmente, un nuevo ser humano.” SANTOS RUIZ, A., *Instrumentación genética*, Madrid, Palabra, 1987, p. 33.

“La anidación en el útero materno no añade ni quita nada a la nueva vida en sí misma; lo que hace es suministrarle las condiciones ambientales óptimas para su desarrollo”. VILA-CORO, M. D., *La Bioética en la Encrucijada. Sexualidad, Aborto, Eutanasia*, Madrid, Dykinson, 2003.

¹⁵ Ver SOTO LAMADRID, M., *Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho*, Buenos Aires, ASTREA, 1990, p. 545; TACHEVA, D. M., VLADIMIROV, I. K., *Embryos, preembryos, and stem cells*, en ‘Fertility and Sterility’, Official Journal of the American Fertility Society, vol. 78, n. 6, Birmingham, Alabama, 12/2002, pp. 1354/5.

del proceso de fecundación. La adhesión a esta teoría sin cortapisas significa desconocerle su humanidad, su pertenencia a la especie hasta tanto no se forme la línea primitiva de lo que luego será el sistema nervioso central.

Un embrión, a pesar de no poseer aún la cresta neural, pertenece igualmente a la especie humana desde el momento que es un individuo que presenta un código genético único a partir de la conjugación de los 23 pares de cromosomas masculinos y femeninos, necesario para dirigir y organizar su propio crecimiento y diferenciación hasta el nacimiento.¹⁶ Si el comienzo de la vida humana se encuentra determinado por la formación del sistema nervioso central, debe, obligatoriamente, considerarse el fin de tal existencia con la muerte cerebral o falta de actividad eléctrica del encéfalo o irreversible pérdida de todas las funciones cerebrales. En efecto, así lo recepta el sistema legal argentino.¹⁷ Empero, afirmar que una persona, ante la completa destrucción de su cerebro o ante la irreversible pérdida de todas las funciones cerebrales o ante la ausencia de impulsos eléctricos del encéfalo deviene un cadáver, implica reducirla a su capacidad neuronal, sujetando su existencia a la presencia de un órgano, cuya función no obsta, en modo alguno, la pertenencia a la especie humana, y, asimismo, no nos define cabalmente como personas. En suma, el embrión, entendido como la forma humana más joven, no obstante carezca de un eje embrionario, detenta todos los requisitos biológicos específicos y constitutivos de un ser humano desde la combinación de los pronúcleos de los gametos femenino y masculino.¹⁸

C) ANÁLISIS METAFÍSICO

1) Etimología del vocablo *persona*

¹⁶ "La afirmación que hace diferir la aparición de la vida humana hasta la producción de dicho fenómeno [se refiere a la formación del sistema nervioso central, el cerebro] carece de consistencia si es que, tal como lo hemos sostenido, la vida humana es un proceso continuo desde la fecundación, en que se da toda la información genética necesaria que lleva indefectiblemente a la formación del ser, hasta la muerte, salvo que se presenten alteraciones de cualquier índole que interfieran dicho proceso." FENÁNDEZ SESSAREGO, C., *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*, Lima, Universidad de Lima, 1990, p. 68.

La normativa civil dispone que "[t]odos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible." CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, artículo 51.

¹⁷ Ley 24.193, *Transplantes de órganos y materiales anatómicos*, artículo 23.

"El hecho de que el EEG (electroencefalograma) plano durante un cierto tiempo sea hoy día un criterio aceptado para dictaminar clínicamente la muerte de un individuo no es comparable en absoluto al EEG plano de un embrión en desarrollo: en el primer caso el cerebro ha dejado de funcionar [...] en el segundo caso aún no ha empezado porque su programa genético de desarrollo todavía no ha mandado la información necesaria para ello." LACADENA CALERO, J. R., *Manipulación genética de la especie humana*, en 'Ingeniería Genética y Reproducción Asistida', Madrid, Instituto Alemán, Marino Barbero Santos, 1989, p. 28.

¹⁸ "[s]ólo al término de los 6-15 días después de la formación del cigoto, éste aparece morfológicamente definido y bien delimitado el conjunto ordenado de algunos millares de células, ya diferenciadas, lo que representa el espacio en el cual tendrán lugar las modificaciones siguientes: estas modificaciones harán aparecer poco a poco de una manera cada vez más evidente la figura del embrión y después la del feto. Pero esta línea primitiva del embrión no representa más que el punto de llegada de un proceso secuencialmente ordenado, sin solución de continuidad, que se ha iniciado en el momento de la formación del cigoto. [...] Esta no aparece en forma alguna de improviso como desde el exterior y separada de todo el conjunto del proceso que empieza a desarrollarse a partir de la singamia: es un producto de este proceso." SERRA, A., *Embrione humano. Ciencia e medicina. In margine al recenté documento*, Roma, La Civiltà Cattolica, 1987, p. 254.

En el mundo occidental, el origen etimológico del término *persona* se atribuye a las diversas culturas grecolatinas: para algunas corrientes la raíz del mismo se encuentra en la antigua Grecia, para otras tiene origen etrusco, y para otras está en Roma.¹⁹

Este vocablo puede derivar tanto del verbo latino *personare*, que significa revestirse o disfrazarse, cuanto de la voz etrusca *phersú* que se utilizaba para designar la máscara que el actor empleaba para cubrir su rostro durante la representación teatral.²⁰ En dichos tiempos, los teatros eran al aire libre, motivo por el cual los actores utilizaban unas máscaras que poseían una caja de resonancia, permitiendo así que la voz resuene (*per sonat*), y en consecuencia la acústica del ambiente mejoraba.²¹

A partir de ello los actores comenzaron a ser llamados *persona*, y por extensión también los personajes que representaban. El personaje teatral fue así trasladado a la vida real, concibiéndolo como el equivalente de ser humano en cuanto tal, independientemente de toda connotación jurídica.²²

Durante el siglo XVIII la ideología del individualismo iusnaturalista afirmó que la persona podía ser considerada desde dos aspectos: por una parte, la noción de ser humano como dato natural y, por la otra, la noción de ser humano como dato jurídico. De acuerdo con la mencionada corriente, ambos matices del concepto de persona coinciden, puesto que el ser humano, en cuanto tal, detenta derechos subjetivos, por cuanto es el único ser dotado con la potestad de querer, sin necesitar un reconocimiento formal por su subjetividad. Esta capacidad de expresar su voluntad es la característica distintiva del ser humano y, asimismo, es el motor que impulsa las relaciones jurídicas entre los seres humanos en cuanto sujetos de derecho. En consecuencia, cuando hablamos de *persona*, nos estamos refiriendo a un ser humano, y por ende a un sujeto de derecho.²³

2) Ontología del vocablo *persona*

La Biología es la ciencia que brinda las descripciones de los fenómenos vitales, pero no determina cuándo el individuo humano es una persona en sentido moral y, menos aún, jurídico. Por consiguiente, se procederá a dilucidar si, desde el plano ontológico, el embrión humano es persona. A tales efectos, se toma como premisa de partida la definición de persona dada en el siglo VI por BOECIO: *substantia individual de naturaleza racional*.²⁴

La persona es una substancia completa, es decir materia y forma, un sujeto, supuesto o hipóstasis, de una determinada naturaleza, o sea una realidad que subsiste, o bien que existe por sí, pues no está en otra. Lo que convierte a una substancia de naturaleza humana

¹⁹ Acerca de la etimología del vocablo *persona* ver la síntesis de BLUMENTHAL, *persona*, en PWRE 19, I, pp. 1036-1040.

²⁰ Dìzionario Latino-Italiano, vol. II, Torino, Rosenberg & Sellier, 1965, p. 2037.

²¹ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, ASTREA, 1998, pp. 135/6.

²² *Et quidem summa divisio... personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. Ver GAI I.9. Como puede observarse, la voz *persona* es utilizada en sentido físico para indicar al individuo pero sin alcance técnico, puesto que no expresa una noción que se asemeje a lo que hoy denominamos capacidad jurídica.

²³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Persona y Derecho*, en 'Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio', en Homenaje al Profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1992, pp. 869/870.

²⁴ BOECIO, S., *De persona et duabus naturis*, in *Patrologia Latina*, Caput 3, Vol. 64, Col. 1343ss.

La definición de *persona* expresa una realidad única e individual, superior a la propia esencia humana, dado que incluye tanto la individualidad de su naturaleza substancial cuanto la mayor singularización que le proporciona la posesión de un ser propio. La persona designa lo singular, lo distinto, lo individual, ergo las cosas no personales son estimables por la esencia o bien la naturaleza que poseen. Por lo tanto, mientras todos los de una misma especie son intercambiables, ello no ocurre con las personas, puesto que interesan en su misma individualidad, en su personalidad.

en persona, es su ser propio. En este sentido, el término persona significa directamente el ser personal propio de cada ser humano, menciona a cada individuo personal. Entonces, ser persona es lo más común, está en cada uno de los seres humanos. Asimismo, cada supuesto de naturaleza humana designa lo más individual, lo más incomunicable o distinto dentro de ella, dado que es un ser propio, que se posee a sí mismo por medio de su entendimiento y voluntad, revelando de este modo su espiritualidad que lo hace único, demostrando que es lo más perfecto en toda la Naturaleza. En definitiva, la unidad de persona se constituye al formarse un todo individual que subsiste en el cuerpo y en el alma.²⁵ Esta última se une al cuerpo en forma natural, o unión substancial, es decir, por su propio ser, ergo existe independientemente de aquel, esto significa que al corromperse el cuerpo, aquella subsiste, pero no es *persona*.²⁶

El primer escollo que se presenta es el de precisar si el embrión humano es un individuo, es decir una realidad natural, un ser que realmente existe.²⁷ Sostener que la persona es una *substancia individual*, por un lado, implica que es una realidad única, y, por el otro, significa que es aquello singular en el género de la substancia. Sostener que el embrión humano no es persona pues, dentro de los catorce días posteriores a la singamia puede dividirse, es un razonamiento errado. La posibilidad de división no entra en conflicto con la noción dada de persona humana, ya que desde el punto de vista biológico, la noción de individuo no implica la imposibilidad de segmentación –los animales unicelulares, como la ameba, se reproducen por división, e igualmente son considerados individuos. Para esta ciencia un individuo es todo ser con existencia propia, la cual debe mantener a pesar de dividirse. Si es capaz de dividirse significa que se está en presencia de varios individuos de la misma especie o naturaleza. Finalmente, podría afirmarse que cada embrión humano presenta individualidad desde la singamia, puesto que desde ese instante cada uno de ellos es un ser único e insustituible dentro de la naturaleza humana.²⁸

A ciencia cierta se sabe que desde el comienzo, el embrión es un individuo biológicamente humano, se encuentra dotado de su propia información genética que dirigirá su gestación y desarrollo, pero ello no es suficiente para reconocerle el estatus ontológico de persona. En efecto, la tesis aquí adoptada, identifica a la persona con un ser vivo que pertenece a una *naturaleza racional*, sin reducir la personalidad a la razón, más bien se la reconoce en su totalidad humana, es decir como cuerpo y alma.²⁹ En otras palabras, la persona es un

²⁵ ARISTOTELES, *De Anima*, Buenos Aires, Leviatán, 1983, L. II; STO. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, t. I, Madrid, Ed. Católica, 1959, q.29 a.1, a.2, a.3, q.76 a.1, a.4, a.6.

"[e]l hombre engendra a otro idéntico a sí en la especie, mas no en cuanto a lo individual. Y por eso aquellas cosas que pertenecen directamente al individuo, como los actos personales y lo relativo a ellos, no los transmiten los padres a sus hijos; un gramático, por ejemplo, no transmite a su hijo el conocimiento de la gramática que adquirió por su propio estudio. Mas se transmiten de padres a hijos las cosas que pertenecen a la esencia de la especie, a no ser que haya un fallo de la naturaleza [...]; mas de ningún modo aquellas cosas que son puramente personales." STO. TOMÁS DE AQUINO, *ob. Cit.*, t. I-II, q.81 a.2.

²⁶ "[e]l principio de la operación intelectual, al que llamamos alma del hombre, es un principio incorpóreo y subsistente." STO. TOMÁS DE AQUINO, *ob. Cit.*, t. I, q.75 a.2.

²⁷ "Embrión (del gr. *ÉMBRYON*, de *EM*, en y *BRÝEIN*, germinar, brotar). *M.* Producto de la concepción desde las primeras modificaciones del huevo fecundado.// En la especie humana, este producto durante los tres primeros meses, a partir de los cuales toma el nombre de feto." *Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas*, Barcelona, Salvat, 1984.

El embrión humano es "la célula más especializada e individualizada del universo, la cual contiene el entero programa, [...], de una vida humana." BIANCA, C., *Nuove Tecniche Genetiche, Regole Giuridiche e Tutella dell'Essere Umano*, en 'Il Diritto di Famiglia e delle Persone', t. II, Milán, 1987, p. 963.

²⁸ Ver STO. TOMÁS DE AQUINO, *ob. Cit.*, t. I, q.29 a.4.

"Todo ente biológico es un individuo cuando es un organismo, es decir, una entidad integrada por estructuras y funciones, cualquiera sea su grado de complejidad." CASPAR, P., *L'individuation des êtres. Aristote, Leibniz et l'immunologie contemporaine*, París, Lethielleux, 1985, p. 148.

²⁹ El cuerpo no es propiedad de la persona, pues caso contrario sería una cosa sobre la cual el individuo podría ejercer derechos subjetivos como los que pueden ejercerse sobre las cosas. No existe vínculo jurídico

cuerpo espiritualizado, un compuesto corpóreo e incorpóreo, un ser dotado de dos realidades distintas unidas naturalmente. El alma, la forma substancial del cuerpo humano, es la que le da el ser y la individualidad, entonces el ser humano existe y es individuo por el alma.³⁰ En definitiva, la persona es una unidad substancial, no accidental, de alma y cuerpo que resulta en un solo ser. La separación de tal unidad altera la identidad del ser mismo.

La persona humana es capaz de concebir ideas, efectuar juicios valorativos y realizar razonamientos. Estas operaciones, propias del alma y que no son reductibles al cuerpo, son operaciones espirituales, puesto que a través del conocimiento racional la persona puede conceptuar, y siendo los conceptos inmateriales, entonces el alma es inmaterial. En virtud de esto puede afirmarse que el alma humana es espiritual y, por ende, subsistente a la materia.³¹ Esto no significa que la persona se identifica, como argumenta el dualismo cartesiano, con la *res cogitans*, mientras que el cuerpo únicamente sería una *res extensa*. DESCARTES razona que todo cuanto existe, a excepción de la mente humana, puede ser reducido a la consideración de objeto. Sobre la base de esto, considera que el cuerpo humano, susceptible de ser manipulado a voluntad de la persona, es dispensable para su existencia.³²

entre la persona y su cuerpo, pues ambas realidades se identifican: la persona es un cuerpo, pero no es su cuerpo, pues la persona es cuerpo y espíritu, sin que pueda haber escisión entre ambos elementos, por cuanto constituyen su propia esencia. CORNU, G., *Droit Civil, Introduction, Les Personnes, Les Biens*, París, Monstchrestien, 1993, n. 479.

³⁰ Ver ANDORNO, R., *Una aproximación a la bioética*, en 'Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Civil y Penal', Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 437.

"Por lo tanto, el alma, primer principio vital, no es el cuerpo, sino, el acto del cuerpo [...], es algo incorpóreo y subsistente." STO. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica ob. Cit.*, t. I, q.75 a.1, a.2.

"el alma es la entelequia primera de un cuerpo natural organizado. Por eso podemos descartar por completo como innecesaria la cuestión de si el alma y el cuerpo constituyen una sola entidad; esto carece de sentido, como preguntar si la cera y la figura a ella dada por el sello con una sola cosa, o, si en general, lo es la materia de un objeto y aquello de lo cual él es la materia, [...] En realidad, el alma es la esencia y la forma de un cuerpo orgánico, es decir, que tiene un principio de movimiento y de reposo en sí mismo." ARISTOTELES, *ob. Cit.*, L. II, 412b.

³¹ DENZINGER, H. J. et UMBERG, I. B., *Enchiridion symbolorum. Definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, Friuburgi Briagoviae, 1937, Herder, pp. 36, 56, 70, 134ss; STO. TOMÁS DE AQUINO, *ob. Cit.*, t. I, q.29 a.4, q.75 a.2, q.90 a.4.

"Para la actividad del entendimiento se precisa del cuerpo, no como de un órgano por el cual la operación se realice, sino por razón del objeto, cuya representación en la imagen es para el entendimiento lo que el color para la vista. Pero necesitar así del cuerpo no se opone a que el entendimiento sea subsistente; pues, de lo contrario, tampoco sería subsistente el animal, que para sentir necesita de los objetos sensibles exteriores." STO. TOMÁS DE AQUINO, *ob. Cit.*, t. I, q.75 a.2.

"El alma tiene un diferente modo de ser cuando está unida al cuerpo y cuando está separada de él. Conserva, sin embargo, la misma naturaleza. No es que la unión con el cuerpo sea para ella algo accidental, pues se realiza por exigencia de su misma naturaleza [...], conforme a su modo de ser, cuando está unida al cuerpo, al alma le corresponde un modo de entender que consiste en referirse a las imágenes de los cuerpos que se encuentran en los órganos corpóreos. En cambio, separada del cuerpo, le compete un modo de entender semejante al de las demás sustancias separadas, consistente en una conversión hacia lo inteligible. Por lo tanto, el modo de entender volviéndose a las imágenes es natural al alma, como lo es su unión al cuerpo. En cambio, estar separada de él y entender sin recurrir a las imágenes es algo que está fuera de su naturaleza. Por eso se une al cuerpo: para existir y obrar conforme a su naturaleza [...]. Por lo tanto, resulta claro que el estar unida con el cuerpo y entender por medio de imágenes es mejor para el alma. Si bien puede existir separada y tener otro modo distinto de conocer." IBIDEM, t. I, q.89 a.1.

³² DESCARTES, R., *El Discurso del Método*, Buenos Aires, EDAF, 1982, pp. 64/5.

"Partiendo de que conozco con certeza que existo, y, sin embargo, no observo que ninguna otra cosa pertenezca necesariamente a mi naturaleza o esencia, concluyo en que esto consiste en que soy una cosa que piensa, o una substancia cuya esencia o naturaleza es el pensar. Y aún cuando tengo un cuerpo al cual estoy estrechamente unido, como por una parte poseo una clara y distinta idea de mí mismo, en tanto soy solamente una cosa que piensa y carece de extensión, y por otra tengo una idea distinta del cuerpo en tanto es solamente una cosa extensa y que no piensa, es evidente que yo, mi alma, por la cual soy lo que soy, es completa y verdaderamente distinta de mi cuerpo, y puede ser o existir sin él." DESCARTES, R., *Obras Completas. Meditaciones sobre la filosofía primera que prueban claramente la existencia de Dios y la*

La persona, en realidad, es un ser de *naturaleza racional*, pero no es su razón. El ser humano, sin su dimensión corporal, es incapaz de desarrollar vida racional, por ende, la racionalidad no es constitutiva de la persona. Si el constitutivo formal de la persona fuese esta propiedad esencial, el ser humano no sería *siempre* persona, dado que los atributos de la individualidad humana cambian en el transcurso de cada vida humana, pudiendo considerárselos en algún momento en potencia, pero no siempre en acto. Además, como son poseídos en distintos grados, según los individuos y las diferentes circunstancias individuales, habría entonces distintas categorías de personas. En otras palabras, la persona no es puro pensamiento, es una realidad que supera la actividad neuronal, integrándose con un cuerpo animado por un espíritu –la materia existe para la forma, que es acto, ergo, existencia, por ende puede separarse de aquella cuando se corrompe. El espíritu es la forma o esencia del cuerpo, aquello que le da movimiento, vida, sensibilidad y razón; es, en otros términos, el principio ordenador y organizador, que permite que los seres humanos seamos organismos vivientes y pertenecientes a una determinada especie. Asimismo, el cuerpo es parte intrínseca de la persona y no un mero accidente; no es un traje que puede ser utilizado o desechado. Cada persona tiene un cuerpo, cada persona es su cuerpo; luego sin este, aquella no existe. El alma humana reclama el cuerpo que le corresponde y el cuerpo está ordenado a su alma de manera natural. Ambos elementos son indisolubles y constitutivos de la persona, al menos mientras esta última se encuentre con vida.³³

Desde una perspectiva biológica, los miembros de la especie humana compartimos la misma naturaleza y, en consecuencia, la estructura genética. En efecto, esta última, sin importar las transformaciones que el proceso evolutivo sufre, es transmitida de generación en generación y, por ende, sirve como pauta para reconocer la igualdad estructural entre todos los miembros de la especie.³⁴ Sin embargo, el ser humano es más que su genoma humano, trasciende su propia naturaleza porque es una persona, o sea una substancia distinta dentro de la naturaleza humana. En efecto, el grado de individualidad de todo sujeto humano “es tan elevado que, sin romper con la naturaleza común, cada ser humano es un ejemplar único, no solamente desde el punto de vista físico, sino y, en mayor medida, por la

distinción entre el alma y el cuerpo del hombre. Meditación sexta de la existencia de las cosas materiales y de la distinción real entre el alma y el cuerpo del hombre, Buenos Aires, Anaconda, 1946, p. 108.

Si se entiende que la persona es un ser autoconsciente, racional, libre en sus opciones morales, entonces quedarían fuera de esta categoría, los fetos, los recién nacidos, los retardados mentales y los comatosos sin posibilidades de recuperación, pues ellos no son seres susceptibles de reproche ni de elogio alguno, no pueden hacer promesas ni celebrar contratos por sí mismos. El discurso cartesiano dispone que la pertenencia a la especie humana no tiene ninguna trascendencia ética, dado que tal pertenencia sería un mero dato biológico. Apoyar el ser de la persona enteramente en su autoconciencia, sería lo mismo que afirmar que ella viene a la existencia gradualmente. El niño de un año de edad, que apenas es consciente de sí, sería solo parcialmente una persona. Ahora bien, el ser personal, dotado de unicidad, no puede por principio venir a la existencia gradualmente. Sólo las cosas constituidas por una multitud de elementos, pueden comenzar a existir gradualmente. Se puede hablar de una mitad de casa, pero no se puede hablar de una mitad de persona. La persona goza de la simplicidad ontológica, no siendo susceptible de una ontogénesis gradual, sino que sólo puede existir de modo instantáneo. ANDORNO, R., *¿Todos los seres humanos son personas? El derecho ante un debate emergente*, en 'El Derecho', 1998, Tomo 176, pp. 767-769.

³³ STO. TOMÁS DE AQUINO, *ob. Cit.*, t. I, q.29 a.1, q.75 a.2, q.76 a.1 y q.89 a.1.

“El cuerpo, sin el cual yo no sería; el cuerpo, que me hace ser quien soy, que impide mi confusión con los otros yo; el cuerpo que me individualiza; [...] parece mi instrumento, [...] Este cuerpo es, sin embargo, el fundamento de mis posibilidades, de mis proyecciones, de toda mi acción. Mi cuerpo es el aquí, ahora; y con respecto a ese aquí, ahora, que mi cuerpo es, se estructuran el allí, el después, hacia los cuales me proyecto.” FATONE, V., *Introducción al Existencialismo*, Buenos Aires, Columbia, 1966, pp. 29/30.

³⁴ ANDORNO, R., *La Dignidad Humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano*, en 'Revista de Derecho y Genoma Humano', nº 14, España, Universidad de Deusto, 2001, p. 47.

parte más íntima de su ser, *su espíritu*.”³⁵ Esto se debe a que el ser humano es un ente espiritual.³⁶

Buscar definir a la persona identificándola con su genoma humano, implicaría reducirla a su información genética. La persona es mucho más que una mera combinación de elementos químicos. Si la persona fuese lo mismo que sus genes, quienes tuvieran una mejor información genética serían más persona que quienes tuvieran un gen defectuoso, lo que no es el caso.³⁷ Por lo tanto, no sólo la persona no debe ser reducida a sus genes, pues la individualidad genética no es el único elemento que la caracteriza como tal, sino que tampoco debe ser disminuida a su capacidad racional, dado que no es su única característica definitoria.

Habiendo establecido que la persona es un ser espiritual dotada de un cuerpo, resta por examinar a partir de qué momento dicho espíritu –o forma de la materia– se encuentra presente en aquel. Recurriendo a la ciencia médica, no existe medio técnico y/o científico alguno que permita verificar la presencia del alma en el embrión humano. Adviértase que el crecimiento celular, la replicación cromosómica, la división celular y la diferenciación del organismo en tejidos y órganos, son todos procesos coordinados y dirigidos por el propio material genético celular del nuevo ser a partir de la singamia. Entonces, partiendo de la premisa filosófica que el centro ordenador del individuo humano es el espíritu, entonces para que exista un genoma humano, este último debe tener un principio inmaterial organizador que conduzca su gestación y desarrollo.³⁸ Ese principio sería el alma espiritual, que, en los primeros momentos de vida de ese nuevo ser cumple sus funciones propias de organicidad, posibilitando la existencia y desarrollo de un organismo vivo. En virtud de esto, puede deducirse que el embrión humano detenta un cuerpo organizado por un alma espiritual cuyo posterior desarrollo obedece a la programación genética presente desde el instante mismo en que se fusionan los cromosomas de las células germinales. Esto es razón suficiente para aceptar y reconocer la paridad ontológica del embrión respecto de la persona, puesto que en el fondo se trata de una persona en estado embrionario.

D) ¿CUÁL ES EL ESTATUS JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO?

En el plano jurídico, precisar el comienzo de la vida de una persona de existencia visible no es una cuestión baladí, pues trae aparejado la protección jurídica que la acompañará

³⁵ ANDORNO, R., *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, TECNOS, 1998, p. 46.

³⁶ Ver BRUAIRE, C., *L'êtr et l'esprit*, París, PUF, 1983.

³⁷ En consecuencia, una definición genética de la persona humana no ayuda, debido a la variedad de secuencias genéticas que existen entre los individuos. Si buscamos características definitorias de las personas en el campo de la genética, encontraremos que muchas de ellas las compartimos con ciertos primates, por ejemplo, el 99% de nuestro ADN es común con el de los chimpancés. Ergo, lo que nos hace humanos, lo que nos define como personas, no se encuentra en los genes y/o en la constitución física, sino en nuestra espiritualidad. ANDORNO, R., *Dignity of the Person in the light of International Biomedical Law*, en 'Medicine e Morale', nº 1, 2005, p. 97.

El desarrollo físico e intelectual, los factores sociales y ambientales, marcan a cada ser vivo con una realidad e individualidad diferente que lo caracterizan, incluso en el caso de los gemelos monocigóticos. Un ser humano no es la sumatoria de procesos genéticos, bioquímicos o fisiológicos. La cultura y la sociedad, elementos que ayudan a definir a una persona, existen fuera de la genética y no son transmitidos genéticamente, sino por medio de la comunicación e interacción entre los seres humanos dentro de una sociedad organizada. Ver COUNCIL FOR RESPONSIBLE GENETICS, *Position Statement on Cloning*, Cambridge. URL: <http://www.gene-watch.org/programs/cloning/position.html>

³⁸ “[e]s indudable que lo primero que hace que el cuerpo viva es el alma. Y como en los diversos grados de los seres vivientes la vida se manifiesta por distintas operaciones, lo primero en virtud de lo cual ejecutamos cada una de esas operaciones vitales es el alma.” STO. TOMÁS DE AQUINO, *ob. Cit.*, t. I, q.76 a.1.

durante toda su vida.³⁹ Naturalmente, el bien que se busca proteger es, ni más ni menos, la vida misma. El derecho de vivir pertenece a ese reducto de *derechos existenciales*, del cual se desprenden los demás derechos subjetivos de la persona humana, o sea que es presupuesto y condición de posibilidad de cualquier otro derecho.⁴⁰ Este derecho, por imperio de la propia constitución federal, se encuentra garantizado y tutelado desde la concepción.⁴¹ Todo individuo humano es titular de tal prerrogativa jurídica desde el instante mismo en que inicia su vida. En el siglo XIX no existían los actuales avances científicos y tecnológicos en el campo de la genética humana que hubieran dado la posibilidad de conocer con precisión el momento a partir del cual un ser humano comienza su existencia. Sin embargo, interpretar nuestro sistema positivo en forma total nos posibilita coger que VÉLEZ SARSFIELD y los demás legisladores de la época, al redactar y aprobar el código civil, tuvieron, en realidad, la intención de proteger la vida humana desde que se origina. Esto, de acuerdo con la hipótesis aquí planteada, es dable deducir que acaece con la fusión cromosómica de las células reproductivas. Entonces, el vocablo concepción, en la estructura jurídica nacional, equivale a singamia y no a preñez.

En este acápite se procederá a demostrar que el embrión humano es, en realidad, una persona de existencia visible. En primera instancia, se examinará la falta de homogeneidad en el lenguaje empleado por los constituyentes y legisladores nacionales, para luego explorar y criticar el concepto artificial de persona que VÉLEZ SARSFIELD otorga a los concebidos, no con el propósito de tutelar su derecho de vivir, sino, más bien, en sentido funcional ante las exigencias del tráfico jurídico patrimonial.

1. La reforma constitucional de 1994: artículo 75 inciso 23

La incorporación del nuevo artículo 75 inciso 23 a la constitución federal durante la reforma de 1994, ha suscitado un conflicto en el sistema jurídico. Dicha norma dispone que el niño debe ser protegido “desde el *embarazo* hasta la finalización del período de enseñanza elemental”, lo cual denota la ausencia de uniformidad en la terminología utilizada en el plexo normativo, generando de este modo inconvenientes de interpretación respecto del comienzo de la vida humana. No pudiendo recurrir a la jurisprudencia para resolver el

³⁹ La persona de existencia visible no es un ser humano, sino “la expresión unitaria personificada por las normas que regulan el comportamiento de un hombre.” KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, p. 64.

⁴⁰ Sobre *Derechos Existenciales* ver RABINOVICH-BERKMAN, R. D., *ob. Cit.*, cap. V.

Más que hablar de derecho a la vida, debe hablarse de derecho de vivir, ello implica que todo ser humano tiene derecho a que se le respete y garantice su derecho de vivir, que para el caso del *nasciturus* es un derecho de nacer. Ver CIFUENTES, S., *Derechos Personalísimos*, Buenos Aires, ASTREA, 1995, p. 232.

Este derecho fluye: implícitamente del art. 33 de la constitución federal argentina; y, explícitamente de aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional – art. 75 inc. 22 de la constitución federal argentina – entre ellos, encontramos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [art. I]; Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 3]; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 6]; Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 4.1]. En definitiva, este derecho se encuentra reconocido y garantizado por el plexo constitucional argentino, verbigracia CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículos 33 y 75 incisos 22 – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo I; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6; Convención Americana de Derechos Humanos artículo 4.1; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1 juntamente con la reserva hecha por la República Argentina al ratificar dicho Tratado – y 23. Ver BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994*, Tomo III, Buenos Aires, EDIAR, 2002, p. 419 y ss.; BIDART CAMPOS, G., *El aborto y el derecho a la vida*, en ‘El Derecho’, 1973, Tomo 113, p. 482.

⁴¹ “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.” Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4.1.

dilema que se suscita en este acápite, puesto que, hasta el momento, no existe, es imperioso realizar un análisis cabal de la cuestión.

Según el Diccionario de la Real Academia Española dicho término alude a la gravidez de la mujer, prorrogando de tal suerte el comienzo de la vida humana hasta que el cigoto se anidase en la pared interna del útero materno, dejando un amplio margen de tiempo de la gestación sin tutelar jurídicamente, lo cual podría, inclusive, dar lugar a la sanción de normas que legalizasen la experimentación con embriones humanos. En esta coyuntura, el embrión, antes de implantarse en el endometrio, no poseería personalidad jurídica, retrasando el inicio de la vida humana y, por ende su salvaguardia, hasta el día 14 posterior a la formación del genotipo.

A pesar de la ausencia de uniformidad en el léxico desplegado en el sistema positivo argentino, una interpretación hermenéutica del mismo permite inferir que la tutela jurídica del ser humano debe producirse a partir del instante en que comienza a existir, según el estudio biológico aquí realizado, ha logrado demostrarse que ello acaece cuando los códigos genéticos de las células reproductivas se unen para formar un nuevo y único genoma humano, y no como tantos sistemas jurídicos y notables doctrinarios y estudiosos sostienen con la preñez de la mujer. En efecto, desde la concepción del Estado nacional allá en 1853, nuestro sistema constitucional federal se ha caracterizado y distinguido por desplegar un consistente y coherente abanico normativo y jurisprudencial creando un marco legal de respeto por el derecho de vivir de todo ser humano –*conditio sine qua non* de la concreción y desarrollo de las potencialidades y atributos de cada persona, así como también de sus restantes derechos subjetivos– desde que se produce la singamia.⁴² Esta línea argumentativa, a mi juicio, se termina de consolidar con lo dispuesto por la *Convención sobre los Derechos del Niño*.⁴³ El mencionado tratado no hace alusión alguna y tampoco precisa cuándo comienza la vida humana, motivo por el cual el gobierno argentino, al momento de ratificarlo, formula la siguiente declaración con relación al artículo 1: se entiende por *niño* todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad. En consecuencia, al gozar de jerarquía constitucional, este instrumento deroga el 2º párrafo del artículo 75 inciso 23.

2. ¿Es ficticia la personalidad del *nasciturus* para la normativa civil?

Intentar establecer el estatus que el sistema positivo nacional confiere al embrión humano requiere llevar a cabo un análisis crítico sobre el concepto abstracto de personalidad del que VÉLEZ SANSFIELD se valió para atribuirle carácter jurídico.

⁴² “En nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, carácter que, no sólo se atribuye a la persona nacida, sino también a la persona por nacer desde el momento de la concepción, siendo irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno [...] A partir de la concepción, sea dentro o fuera del seno materno, el ser humano es, en cuanto persona, titular de derechos.” CNCiv., sala I, causa nº 49.760, *Rabinovich, Ricardo D. s/ Fecundación in vitro*, 03/12/1999, en ‘La Ley’, 2001, Tomo C.

Asimismo existe jurisprudencia del más Alto Tribunal argentino que declara el comienzo de la vida humana desde la unión de los cromosomas aportados por ambos gametos. Ver CSJN, *Jorge Ricardo Romero y Otro v. Villber S. A. C. I.*, 03/09/1981, Buenos Aires, Tomo 302, p. 1284ss; CSJN, *María del Carmen Bariclla de Csilottov v. Nación Argentina, Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo*, 27/01/1987, Buenos Aires, Tomo 310, p. 112ss; CSJN, *Asociación Benghalensis y Otros v. Ministerio de Salud y Acción Social, Estado Nacional s/ Amparo*, 01/06/2000, Buenos Aires, Tomo 323, p. 1339ss; CSJN, *Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo*, 05/03/2002, Buenos Aires, Tomo 325/1, p. 303ss.

⁴³ *Convención sobre los Derechos del Niño* ha sido aprobada por la ley 23.849, publicada en el Boletín Oficial el 22/10/1990.

El sistema positivo reconoce que todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, que presente signos característicos de humanidad desde la concepción, sin hacer distinción alguna sobre las cualidades o accidentes, es persona (artículos 30, 51, 63 y 70 Código civil).⁴⁴ Aceptar la afinidad ontológica del concebido con el ya nacido, implica el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho. Por ende, “el *status* jurídico del *nasciturus*, en cuanto tutela la vida humana naciente se convierte en el necesario *prius* de todos los demás derechos fundamentales de la persona, de suerte que aquel derecho a la vida se erige como el eje central de todos los demás [...]. Estas conclusiones reclaman la traspolación del concepto de dignidad de la persona ya nacida al *status* jurídico del *nasciturus*, por representar ambos entes [...] dos momentos secuenciales de la misma sustantividad humana.”⁴⁵

La legislación nacional reconoce y atribuye personalidad jurídica al individuo humano desde la concepción, delineando el período temporal en el que se gesta un ser humano de la siguiente manera: la época de la concepción de los que naciesen vivos queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y mínimo de la duración del embarazo (artículo 76); el máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario (artículo 77). Se advierte así que el codificador intentó determinar el momento de la concepción para otorgar precisión a la existencia de la persona humana.⁴⁶ Ello por cuanto el código civil al prever la posibilidad de que la persona por nacer pueda adquirir y contraer determinados derechos y obligaciones, como aduce el artículo 70, le reconoce la calidad de persona jurídica, pero supedita dicha facultad a la eventualidad de que el concebido nazca con vida – esta es la primera ficción.

Por sus características físicas e intelectuales, el *nasciturus* es un incapaz de hecho absoluto, por ende no puede ejercer por sí mismo ninguno de los derechos que adquiere, pues tiene una total imposibilidad de obrar (artículo 54 inciso 1). Al interpretar conjuntamente dicha limitación con la parte final del, previamente mencionado, artículo 70, se infiere que la normativa nacional sujeta la personalidad jurídica del por nacer, supeditando los derechos que pudiera adquirir, a una *conditio juris* legal: que nazca con vida. Esto es, evidentemente, incompatible con el hecho de que el *nasciturus* debe ser considerado una persona humana, independientemente de que nazca o no con vida, por cuanto atenta drásticamente contra la calidad de persona que el autor del código civil argentino le otorgó al por nacer.⁴⁷ Nótese que VÉLEZ SANSFIELD, valiéndose de este engaño trató de subsanar los inconvenientes jurídicos que podría ocasionar el hecho de que el *nasciturus* naciera sin vida, creando una contradicción en el sistema normativo argentino: le reconoce personalidad jurídica a la persona por nacer desde la concepción únicamente si nace con vida. Si bien el concebido

⁴⁴ Teniendo en cuenta que el código civil fue sancionado hace más de un siglo, en una época en que no se conocían las técnicas de fecundación extracorpórea, entonces, sobre la base de una buena práctica hermenéutica, corresponde extender por analogía (art. 16 código civil) la aplicación de esas disposiciones al supuesto en que la concepción se lograra mediante aquellos procedimientos fuera del recinto materno. Como consecuencia de ello, al embrión concebido *extra corporis* y no implantado aún, es una persona por nacer. Ver CNCiv., sala I, causa nº 49.760, *Rabinovich, Ricardo D. s/ Fecundación in vitro*, 03/12/1999, en ‘La Ley’, 2001, Tomo C, p. 827; FERRER, F., *ob. Cit.*, p. 856; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G., *Bioderecho*, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1998, pp. 50-52; RINESSI, A., *La Nueva Visión del Comienzo de la Vida*, en ‘La Ley’, 1994, Tomo E, p. 1214.

⁴⁵ BANCHIO, E., *ob. Cit.*, p. 835.

⁴⁶ BAIGORRIA, C. y SOLARI, N., *El Derecho a la Vida en la Constitución Nacional (¿Desde la Concepción o Desde el Embarazo?)*, en ‘La Ley’, 1994, Tomo E, p. 1168.

⁴⁷ “La real situación [...] podría expresarse así: eres persona porque tienes vida y por ello te reconozco derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos física y jurídicamente, por medio del poder judicial [...] pero si naces muerto, es como si nunca hubieses sido. Eres pero puede que nunca hayas sido.” CIFUENTES, S., *El Embrión ob. Cit.*, pp. 156/7.

puede perder los derechos si no nace con vida, esto no implica eliminar su personalidad, dado que la muerte no es retroactiva.⁴⁸

Puede encontrarse una segunda ficción en el plexo normativo civil: el artículo 74 determina que antes de la completa separación del *nasciturus* de su madre, si aquel muriese, deberá entenderse como si nunca hubiese existido, debiendo retrotraerse todo al estado anterior. Esto, en realidad, significa que no es una persona de existencia visible hasta tanto no nazca con vida, y por tal motivo se elaboró un concepto abstracto, ficticio, de personalidad a través del cual se buscó tutelar jurídicamente por la potencialidad de vida que posee. En definitiva, estas disposiciones normativas infraconstitucionales, en principio, parecería que no aceptan la paridad ontológica del embrión respecto del individuo ya nacido.⁴⁹

En el plano estrictamente jurídico, VÉLEZ SANSFIELD había identificado la necesidad de tutelar la posibilidad que el *nasciturus* pudiera adquirir derechos y contraer obligaciones antes del nacimiento, y para ello concibió un régimen de ficciones mediante el cual se lo reputaba y asimilaba a una persona ya nacida, pero sin reconocerle personalidad. Empero, esta tesis no es acorde con el plexo jurídico estudiado en su conjunto.

Conforme rezan los artículos 64 y 264 del código civil, los progenitores tienen el derecho legal de administración y disposición de los bienes que los hijos hubieren adquirido por donación o herencia, así como también su representación legal desde la concepción. Si solamente las personas pueden apropiarse de objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor, es decir poseer un patrimonio, y, además, nadie que no sea persona puede tener un representante legal, luego el concebido, naturalmente, debe reputárselo una persona de existencia visible.

La posición aquí defendida se refuerza con el siguiente argumento: la *Convención sobre los Derechos del Niño* en las condiciones de su vigencia, ciertamente, dispone que desde el momento de la concepción se está en presencia de un niño, ergo un menor impúber o persona de existencia visible incapaz de hecho absoluto en los términos del artículo 54 de la normativa civil, al cual el Estado nacional debe garantizarle su desarrollo durante el período de gravidez, sin restringir dicho estatus al hecho de que el *nasciturus* nazca con vida o muera antes de separarse del vientre materno. Entonces, la persona por nacer posee personalidad jurídica, y ésta no debe estar sujeta a ninguna condición, su única limitación es su natural imposibilidad de hecho, pero es, en suma, una persona.

E) LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL *NASCITURUS*: ENFOQUE COMPARADO

Es enriquecedor examinar como el más Alto Tribunal estadounidense ha interpretado la Enmienda XIV de la constitución de los Estados Unidos, la cual garantiza y protege el derecho de vivir de todas las personas.⁵⁰ Para llevar adelante esta ardua tarea es menester

⁴⁸ MEMETEAU, G., *La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque*, en 'Revue trimestrielle de droit civil', 1990, p. 621.

⁴⁹ Sin embargo, hay una solución a las ficciones que crea la ley civil argentina, "eres persona porque tienes vida y te doy derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos, física y jurídicamente, por medio del poder judicial [...] pero, si naces muerto, es como si nunca hubieras adquirido tales bienes y derechos patrimoniales, sin dejar, por ello, de haber sido persona; porque te protegí tu vida, la consideré personalmente tuya sin confundirla con la de tu madre; individualmente tuya. Eres hasta que dejes de ser." CIFUENTES, S., *Derechos ob. Cit.*, p. 238.

⁵⁰ XIV Amendment, Section 1. "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." MAGRUDER, F., *American Government*, Massachusetts, Prentice Hall, 1994, p. 739.

adentrarse en la problemática del aborto, pues es allí donde la ya mencionada Corte ha analizado desde qué momento puede considerarse que inicia la vida humana y si el *nasciturus* es una persona, reconociendo, garantizando y respetando su derecho de vivir contra el derecho a la intimidad de la madre de decidir terminar el embarazo y, por ende, la vida del por nacer.

Esta cuestión fue examinada y resuelta en el *leading case* en materia de aborto *Roe v. Wade*. El tribunal estadounidense privilegia el derecho a la intimidad de la madre sobre el derecho de vivir y, por ende, nacer del concebido, arguyendo que durante el primer trimestre de gravidez todo individuo es titular del derecho subjetivo a estar libre de injustificadas intrusiones estatales en materias referidas estrictamente a su moral autorreferente, como lo es la decisión de una mujer de llevar o no a consumación su estado de preñez.⁵¹ La Corte justifica su decisión sosteniendo que en ninguna de las enmiendas constitucionales en que el vocablo *persona* es mencionado, dicho reconocimiento se extiende al *nasciturus*. En consecuencia, la condición jurídica de éste último es diferente al de una persona nacida, y por ende no se encuentra protegido por las garantías del debido proceso –*due process*– ni presenta igual protección ante la ley –*equal protection of the laws*– de acuerdo a la dispuesto por la Enmienda XIV.⁵²

Ante la falta de consenso científico respecto del momento exacto en que comienza a existir la vida humana, el Tribunal asume como fundamento de la sentencia la teoría de la viabilidad, es decir la posibilidad de supervivencia de manera autónoma, disponiendo así que la vida del concebido debía comenzar a protegerse a partir de la vigésima cuarta y vigésima octava semana de gestación después de la concepción.⁵³ Esto conduce a la siguiente conclusión: el por nacer, durante ese lapso de tiempo no es un sujeto pasivo de derechos y, por ende, la cuestión se plantea entre la autonomía de elección dentro del área de privacidad de la mujer y el interés del Estado en salvaguardar esa potencialidad de vida humana que representa un embrión humano.⁵⁴

⁵¹ "This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy [...] The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. ." 410 U.S. 124, *Roe v. Wade*, 22/01/1973, VIII.

"If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child." 405 U.S. 438, *Eisenstadt, Sheriff v. Baird*, 22/03/1972, II.

⁵² "The appellee conceded on reargument that no case could be cited that holds that a fetus is a person within the meaning of the Fourteenth Amendment. The Constitution does not define "person" in so many words. Section 1 of the Fourteenth Amendment contains three references to "person." The first, in defining "citizens," speaks of "persons born or naturalized in the United States." The word also appears both in the Due Process Clause and in the Equal Protection Clause. [...] All this, together with our observation, supra, that throughout the major portion of the 19th century prevailing legal abortion practices were far freer than they are today, persuades us that the word "person," as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn." 410 U.S. 126/7, *Roe v. Wade*, 22/01/1973, IX-A.

⁵³ Los límites que determinan a partir de qué momento un ser humano es viable son muy difíciles de contestar. Sin embargo, si se niega personabilidad al embrión humano por su imposibilidad de sobrevivir de manera autónoma hasta, aproximadamente, la vigésimo octava semana de gestación, entonces un anciano moribundo cuya vida está supeditada a un respirador, tampoco debería ser considerado persona. Es evidente que la teoría de la viabilidad es completamente ilógica.

⁵⁴ "There has always been strong support for the view that life does not begin until live birth. [...] It may be taken to represent also the position of a large segment of the Protestant community, insofar as that can be ascertained; organized groups that have taken a formal position on the abortion issue have generally regarded abortion as a matter for the conscience of the individual and her family. [...] In areas other than criminal abortion, the law has been reluctant to endorse any theory that life, as we recognize it, begins before live birth." 410 U.S. 127/8, *Roe v. Wade*, 22/01/1973, IX-B.

En estas circunstancias, la corte diseña el *test* de los tres trimestres: durante el primer trimestre de gravidez, es derecho de la mujer proceder al aborto poniendo como única condición que ella tome la decisión junto a su médico de confianza, mientras que al finalizar éste, el interés del Estado en proteger dicha potencialidad de vida comienza a desarrollarse, pudiendo establecer de esta manera ciertas condiciones para consentir la concreción de prácticas abortivas y, en los últimos tres meses, al adquirir el *nasciturus* la necesaria viabilidad, el Estado puede incluso prohibir la realización del aborto, excepto en caso de peligro para la vida o la salud de la madre.⁵⁵ Este precedente, posteriormente confirmado en numerosas oportunidades, faculta negarle al por nacer la protección y respeto que el sistema jurídico argentino sí le brinda a partir de la conjugación cromosómica de los gametos, garantizando así el derecho de vivir.⁵⁶

En el año 1992, la Suprema Corte del Tennessee afirmó que el embrión humano no es una persona ni una cosa, sino que ocupa una posición intermedia que le otorga el derecho a un respeto especial debido a su potencialidad de constituirse en una persona humana.⁵⁷ A una conclusión similar llegó la Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, en el previamente citado fallo *Rabinovich*, pero en relación con los ovocitos pronucleados, es decir el estadio inmediatamente anterior a la fusión cromosómica de las células germinales. Como puede notarse, la estructura legal nacional es netamente proteccionista de la vida humana, incluso antes de su efectiva existencia.

F) PROPUESTA DE CIERRE

A los efectos de darle coherencia al ensayo es necesario esbozar un cierre con la finalidad de armonizar los argumentos que se han tratado aquí. A lo largo de estas páginas se ha argüido que la vida humana comienza a partir de la concepción, entendiendo que ella se produce con la conjugación de dos realidades genéticamente distintas en una única, independiente e irrepetible, signada de autonomía, lo que significa que los cambios morfológicos y funcionales que el embrión sufrirá durante la gestación y desarrollo a lo largo de su existencia estarán dispuestos en su propio código genético y, por ende, dirigidos por él mismo.

A modo de colofón debe deducirse que el Derecho, razón de ser de la persona, debe reconocer a todo ser humano, desde la concepción, el estatus jurídico de persona, prescindiendo de las cualidades y características genéticas, físicas y/o intelectuales particulares. Si la vida humana no se protege desde sus comienzos y en todas sus fases de desarrollo, se socava el fundamento de todo derecho. El embrión humano, el feto y el recién

⁵⁵ "For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother." 410 U.S. 127/8, *Roe v. Wade*, 22/01/1973, XI.

La condición de un previo coloquio de la mujer con su médico de cabecera para tomar la decisión de poner fin al embarazo fue posteriormente abandonada, puesto que ello fue considerado como un mecanismo para persuadir a la mujer de cambiar su decisión. Ver 462 U.S. 416, *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 15/07/1983.

⁵⁶ 448 U.S. 297, *Harris v. Mc Rae*, 30/06/1980; 476 U.S. 747, *Thornburgh v. American Collage of Obstetricians and Gynecologists*, 11/06/1985; 492 U.S. 490, *Webster v. Reproductive Health Services*, 03/07/1989; 505 U.S. 833, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert Casey, Governor of Pennsylvania*, 29/06/1992.

⁵⁷ 842 S.W. 2º 588, Supreme Court of Tennessee, *Junior Lewis Davis v. Mary Sue Davis*, 01/06/1992.

nacido, son igualmente personas, razón suficiente para aceptar su paridad ontológica, y respetar y garantizar sus vidas.