

PROTECCION DE LA VIDA DEL EMBRION. DERECHO COMPARADO

Cristián Florence Kauer

Profesor de Derecho Civil

I. LEGISLACION EXTRANJERA

Argentina.

Según lo dispuesto en el artículo 63 del Código Civil Argentino, "Son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno". Por su parte, el artículo 70 del mismo cuerpo legal señala que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre".

De las normas citadas se concluye que, según la legislación argentina, la personalidad comienza con la concepción, momento a partir del cual existe el sujeto, al que se denomina persona por

nacer. Esta persona por nacer no es una persona futura por cuanto se le reconoce existencia en el vientre materno. Sin embargo, jurídicamente, ha de reputarse persona si nace con vida.

De este modo, no bien comienza la formación del embrión en el seno materno surge un sujeto jurídico distinto de la madre que lo cobija, que no es una mera pertenencia de ella, que está dotado de entidad propia y que puede adquirir algunos derechos, como si ya hubiese nacido.

Si bien el tenor literal del artículo 70 recién transcrito es claro, no es menos cierto que las modernas técnicas de reproducción asistida y fecundación extrauterina han planteado problemas en la legislación en estudio.

En efecto, la fecundación extrauterina produce la concepción (unión del espermatozoide fecundante con el óvulo fecundado) fuera del vientre materno, a través de la utilización de medios físicos

y químicos adecuados. Pero el Código Civil Argentino exige que la concepción se produzca en el seno materno". Esto ha llevado a algunos autores a sostener que mientras el embrión concebido fuera del útero materno no sea implantado en el seno materno, no existe jurídicamente la persona. "Razonando así se llegará a concluir, inevitablemente, que en los casos de fecundación extrauterina, el comienzo jurídico de la personalidad no coincide con la concepción -que lo es "fuera del seno materno"- sino con la implantación del embrión".¹

Se ha sostenido por la mayoría de la doctrina argentina que el artículo 70 del Código Civil de dicho país no puede ser interpretado literalmente porque "el comienzo de la existencia biológica del ser coincide con la concepción, ahora, dentro o fuera del seno materno".²

A su vez, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de San Juan en el año 1989 se concluyó que "el embrión es titular del derecho a la vida" desde la concepción in vivo o in vitro.³

Sin embargo, el penalista argentino Miguel Angel Soto Lamadrid, señala que "nadie discute que el comienzo de la existencia biológica del ser humano coincide con la fecundación del óvulo, es decir, con la fusión cromosómica de los gametos humanos, aunque esto ocurra fuera del seno materno, lo que decimos es que hasta que el embrión no esté implantado en el útero no recibe la protección del derecho criminal, aunque esto parezca injusto e independientemente del momento en que filósofos y civilistas hayan decidido que comienza la personalidad del ser humano"⁴. Lo anterior, en atención a que el delito de aborto parte del supuesto que se destruye el producto de la concepción dentro del seno materno, provocando la interrupción del embarazo. Por su parte, el delito de homicidio, consistente en matar a otro, es decir, a otra persona ya nacida y separada completamente de su madre, tampoco es aplicable a la situación del embrión, por encontrarse todavía dentro del seno materno.

1. Zanoni, Eduardo A. "Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.

2. Zanoni, Eduardo A., Ob. cit.

3. Alterini, Atilio A. "Cuerpo humano, persona y familia", separata fuera del comercio de "Derecho de Familia" (Libro homenaje a la profesora Doctora María Josefa Méndez Costa), Santa Fe, Argentina, 1990.

4. Soto Lamadrid, Miguel Angel. "Biogenética, filiación y delito". Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.

Perú.

El Código Civil Peruano, promulgado el día 24 de julio de 1984 y que entró en vigencia el día 14 de noviembre del mismo año, consagra en forma especial un título denominado "Derecho de las Personas", contenido en el Libro I, artículos 1º a 139 inclusive.

En atención al tema en estudio, no puede dejar de reproducirse el artículo 1º del citado cuerpo legal, que dispone: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento". "La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".

La norma recién transcrita distingue claramente entre "sujeto de derecho" y "persona".

Según Carlos Fernández Sessarego, "sujeto de derecho es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica - en la dimensión existencial- este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como or-

ganización de personas. Es decir, el centro de referencia normativo tiene como correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. El término sujeto de derecho resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión "persona" se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de "sujeto de derecho", que reconoce el Código Civil. Nos referimos con el término persona al hombre, una vez nacido, como individuo o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona como "natural" y en el segundo ante la persona colectiva conocida como "persona jurídica".⁵

La doctrina peruana, en su mayoría, admite que el artículo 1º del Código Civil de su país no descarta la idea de una concepción uterina y otra extrauterina y, por tanto, es comprensivo del embrión que no ha sido implantado en la mujer.

Modernamente, la ciencia médica y algunas legislaciones, efectúan

5. Fernández Sessarego, Carlos, citado por Carlos Cárdenas Quiroz, "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina".

una distinción en atención al estado de desarrollo del embrión. Así, se habla de preembrión o embrión preimplantatorio para referirse al óvulo fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde; embrión, para indicar la fase de desarrollo de los órganos que dura aproximadamente dos meses y medio más y feto, a partir del tercer mes.

A la luz del Código Civil de Perú, no es posible admitir esta distinción por cuanto en él se alude simplemente a la concepción sin importar la forma en que ésta se ha producido ni el estado de desarrollo del nasciturus.

Por lo anterior, el autor peruano Carlos Cárdenas Quiroz señala: "En este orden de ideas consideramos que el óvulo fecundado de un ser humano es, en sí mismo, una vida humana, a pesar de no haberse producido su implantación, siendo reprobables la investigación que implique riesgos para el embrión, la experimentación que no tenga un propósito directamente terapéutico y la destrucción de óvulos fecundados in vitro"⁶.

España.

El Libro Primero del Código Civil

español, del año 1889, el cual ha sufrido diversas modificaciones hasta la fecha, está dedicado a la persona. En él merecen destacarse los artículos 29 y 30.

El artículo 29 dispone: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".

Por su parte, el artículo 30 señala que "Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno".

La doctrina española, interpretando en forma armónica las normas legales transcritas, ha sostenido que "la personalidad comienza, según el artículo 29, con el nacimiento, precisamente porque, en ese momento, se plasma, en versión jurídica, la autonomía. El concebido y no nacido carece de autonomía"⁷.

Sin embargo, el concepto de personalidad viene a ser un estatuto jurídico, una propiedad o perfección añadida por el derecho a la persona humana. "Cuando la sociedad recibe a la persona, con el nacimiento, ésta es imperfecta pero dotada de virtualidad que el

6. Cárdenas Quiroz, Carlos, ob. cit., páginas 186 y 187.

7. Doral, José A. "Concepto filosófico y concepto jurídico de persona".

derecho posibilita en un proceso de permanente capacitación en que reside el acceso a la titularidad⁸.

La personalidad, para que sea otorgada por el ordenamiento jurídico, exige que el feto nazca con figura humana, aludiéndose con esto al concepto de generación, "que el engendrado se asemeje al generante en la misma naturaleza específica"⁹.

Es necesario, además, que aquél sea viable, esto es, capacidad de seguir viviendo en forma independiente de su madre, después de la separación completa de ésta, por un plazo mínimo de 24 horas. Cumpliéndose ambos requisitos (viabilidad y figura humana) surge la personalidad en el nacido.

De lo expuesto, se desprende que puede resultar que el concepto técnico-jurídico de persona no coincida con el término persona para efecto de los derechos naturales. Sin embargo, no cabe duda, en conformidad al Código Civil español, que el embrión, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo tiene derecho a la vida, aún cuando al nacer no cumpla con los requisitos que ameritan que adquiera personalidad, de lo que se desprende que

el nasciturus recibe protección jurídica. "Qué duda cabe que, por ser acto contrario a la naturaleza, desde la generación (de la que el nacimiento es una fase) el atentado contra la vida del no nacido reviste forma delictiva, aunque al tenor del artículo 30 del Código Civil se adquiriera la personalidad jurídica a las 24 horas del nacimiento".¹⁰

Sin embargo, el día 22 de noviembre de 1988, se publicó en el Boletín Oficial de España la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida y el 31 de diciembre del mismo año, la Ley 42/1988 sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, normativa que se incorpora al ordenamiento jurídico español, derogando tácitamente los principios consagrados en el Código Civil de España y que han sido expuestos.

La Ley 35/1988 se destina a la reglamentación de la práctica de las técnicas de reproducción que se presentan como sustitutivas del método natural; la Ley 42/1988, en cambio, se refiere a la donación y a la utilización, con fines de investigación y experimentación, de embriones y fetos.

La normativa, en lo que se refiere

8. Doral, José A., Ob. cit.

9. Doral, José A., Ob. cit.

10. Doral, José A., Ob. cit.

al estatuto jurídico del embrión, no es clara. En la exposición de motivos de la Ley 35, sin embargo, se hace mención a que existirían tres fases en el desarrollo embrionario:

- a) **"preembrión"**, para referirse al óvulo fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde cuando se anida establemente en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva;
- b) **"embrión"** sería, en cambio, el resultado de la fase posterior a la de preembrión que duraría dos meses y medio y se caracteriza por la formación de los órganos; y por último,
- c) **"feto"** es el embrión que posee apariencia humana.

Lo dramático de la nueva normativa española es que la distinción anterior ha traído como consecuencia un tratamiento legal distinto para cada una de las etapas de desarrollo embrionario.

En efecto, los preembriones son asimilados, por la legislación señalada, a los gametos y, por lo tanto, se permite su crioconservación (congelación) y el artículo 17 N° 2 de la Ley 35/1988 permite la utilización de preembriones no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos, previamente conocidos y autorizados.

Si bien el legislador español no

lo señaló en forma expresa, es claro que también existe la posibilidad de eliminar las criaturas sobrantes.

Así, el artículo 4° de la Ley 35/1988 establece que se transferirán al útero de la mujer solamente el número de preembriones *considerado científicamente como el más adecuado* para asegurar razonablemente el embarazo. Por su parte, el artículo 11 N° 4 del mismo cuerpo legal dispone que pasados 2 años de crioconservación de preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos de gametos correspondientes. Por último, el artículo 20, letra B, establece que son infracciones muy graves, entre otras, mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos más allá del día 14 siguiente al que fueron fecundados, descontando el tiempo de la congelación.

En lo que respecta al tratamiento jurídico del embrión y del feto, etapas de desarrollo posterior a la de preembrión, la Ley 42/1988 les otorgó una mayor protección, a pesar que de todas formas permite en cierto grado la manipulación de los mismos. En este sentido, el artículo 5 N° 3 de la ley señala que "Los embriones abortados espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de esta ley".

Esta norma claramente está permitiendo el aborto provocado y,

como pasan a ser considerados seres no viables, no hay inconveniente para que sean objetos de investigación.

Con lo expuesto, aparece claramente que estas leyes especiales del año 1988 han venido a derogar tácitamente las normas pertinentes del Código Civil español, encontrándose el nasciturus en la absoluta indefensión jurídica, especialmente en lo que respecta a su derecho más importante: el derecho a la vida.

Francia.

La doctrina francesa ha manifestado que todo ser humano es *persona*, sin que sea necesario que tenga plena conciencia de sí ni que esté dotada de inteligencia y voluntad. La criatura humana recibe la personalidad, otorgada por el ordenamiento jurídico, desde su nacimiento o incluso desde su concepción, siempre que nazca viva (que haya respirado) y sea viable (que pueda vivir).

La personalidad es, para el derecho francés, la aptitud para ser titular de derechos, concepto que en nuestra legislación se equipara a la capacidad de goce. De esta aptitud goza también el concebido, desde el momento de la concepción, por aplicación del adagio "El concebido se tiene por

nacido para todo lo que le sea favorable". Esta regla es la que permite a una criatura, cumpliendo con la condición de nacer viva y viable, recibir cualquier sucesión, en especial la de su padre en el evento que éste fallezca entre la fecha de la concepción y el nacimiento.

El Código Civil francés no contiene una norma de aplicación general que consagre el principio señalado; sólo se limita a aplicar esta regla a las sucesiones y a las donaciones o legados.

En efecto, el artículo 725 señala: "Para suceder, hay que existir necesariamente en el instante de la apertura de la sucesión. Así, son incapaces de suceder:

1º ***El que no está todavía concebido.***

2º La criatura que no nace viable".

Por su parte, el artículo 906 dispone que: "Para ser capaz de recibir entre vivos, es suficiente con estar concebido en el momento de la donación".

Los Tribunales de Justicia franceses y, especialmente, la Corte de Casación, han resuelto que el referido adagio es de aplicación general, "el concebido se considera como ya nacido en todo lo que su interés exija".¹¹

11. Mazeaud, Henri, Léon y Jean. "Lecciones de Derecho Civil", Parte Primera, Volumen II,

El fundamento que ha tenido la Corte ha sido, especialmente, razones de orden histórico (ya en el derecho romano se conocía esta regla) y sobre todo el interés de la criatura. "Los redactores del Código Civil, por no haber escrito un capítulo sobre la personalidad, no pudieron, a diferencia de varios códigos extranjeros, recoger la regla en su forma general; se limitaron a aplicarla cada vez la cuestión se presentaba. En todo caso, su voluntad es cierta: lejos de rechazar el viejo aforismo, han creído adoptarlo. Sobre todo, sería injusto para el concebido desconocer un adagio cuya utilidad se deja sentir fuera del derecho sucesorio".¹²

Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que ha existido jurisprudencia contraria a hacer extensivo el principio referido a otros casos que los expresamente establecidos en el Código Civil francés.

"En principio, la criatura no tiene personalidad sino desde el día de su nacimiento y solamente por excepción ha hecho el legislador que se remonte esa personalidad al día de la concepción, para permitir al nacido que pueda recoger una sucesión o una donación. En

efecto, es necesario que el hijo pueda recoger la sucesión de su padre, muerto éste durante el embarazo de la madre o la sucesión de su madre cuando ésta muere en el curso del parto pero antes de terminado el alumbramiento; es necesario igualmente que pueda recibir una donación (que suele llegarle de un pariente cercano). Pero esta ficción de la personalidad, creada a título excepcional por el legislador, no debe ser objeto de una interpretación extensiva: la ficción es una excepción y la excepción es de interpretación estricta".¹³

En todo caso, la tesis expuesta en el párrafo anterior no ha tenido acogida en la jurisprudencia francesa.

De todo lo señalado, se concluye que en la legislación francesa, el embrión tiene, desde el instante de su concepción, una personalidad condicional, puesto que no existe más que si el concebido nace vivo y viable, personalidad que se le confiere aún antes del nacimiento para todo lo que le sea favorable.

página 10. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

12. Mazeaud, Henri, Léon y Jean, ob.cit.

13. Mazeaud, Henri, Léon y Jean, ob.cit., pág. 22 y 23.

II. RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.

a) Consejo de Europa (1984).

El Consejo de Europa es un organismo encargado de propender a una mayor unidad entre miembros, constituidos solamente por Estados europeos, especialmente a través de la armonización de las legislaciones sobre materias de interés común.

Es así como en la ciudad de Estrasburgo, el día 17 de octubre de 1984, se dio a conocer el Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de la procreación artificial.

En este proyecto se definen los siguientes conceptos:

1. Inseminación artificial: es la introducción de esperma en la vagina o útero de la mujer por otros medios que no sean las relaciones sexuales.
2. Fecundación in vitro: es la unión de un óvulo humano extraído instrumentalmente con un espermatozoide y producida en una probeta.
3. Embrión: organismo resultante de una unión de gametos hasta las seis semanas siguientes a la fecundación; por el contrario, feto es el organismo en desarrollo desde el final de

este período hasta el nacimiento.

4. Manipulación de embriones: cualquier acto llevado a cabo sobre el embrión, en particular todo tipo de intervención, tratamiento y manejo con propósitos de procreación, diagnósticos, terapéuticos o de investigación.
5. Donante de gametos: es aquella persona que dona sus gametos para que los utilice un tercero.

Cabe destacar que en las recomendaciones contenidas en el Proyecto no existe norma alguna que regule y proteja fehacientemente el derecho a la vida del que está por nacer. Por el contrario, de algunas de sus disposiciones se puede concluir que se permite la investigación sobre embriones y la eliminación de los huevos fecundados y que no fueren implantados en el útero de una mujer.

En efecto, según el artículo 17 N° 2, los embriones únicamente serán congelados con el acuerdo de las personas interesadas y no serán almacenados por un período superior a 10 años ni inferior al fijado por la legislación. De esta norma se desprende que, pasados 10 años sin que el embrión haya sido implantado necesariamente deberá destruirse.

Por su parte, el N° 1 del mismo artículo señala que el número de embriones estará estrictamente

limitado al número necesario para aumentar la posibilidad de éxito de la procreación. (Si fuese posible, todos los embriones deberán ser implantados), admitiéndose la posibilidad que hayan embriones que no sean implantados los cuales serán, probablemente, destruidos o destinados a la investigación, atentándose derechamente en contra de la vida de un ser humano.

Asimismo, el artículo 19 permite la investigación sobre embriones no utilizados para la procreación, siempre que se den los requisitos que en cada caso se señalen, como por ejemplo, que la madre o el padre hayan dado su consentimiento; que un comité ético haya aprobado la investigación; que el embrión no se utilizase después de determinados días desde la fecundación, etc.

b) Consejo de Europa (1986).

En el año 1986, el Consejo de Europa emite su Recomendación Nº 1.046 sobre la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos industriales y comerciales, considerando, entre otras cosas, que por la fecundación in vitro, el hombre ha logrado los medios para intervenir en la vida humana y disponer de ella en sus primeras fases.

Tan sólo transcurrieron dos años desde las últimas recomendaciones de este organismo; sin em-

bargo, aparece notorio el cambio asumido por esta institución, ante el avance científico y la proliferación de distintas formas de manipulación de embriones.

En esta recomendación, se reconoce que "desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla en un proceso continuo, de modo que no son posibles diferenciaciones claras a lo largo de las primeras fases (embrionarias) de su desarrollo y que, por lo tanto, se hace necesaria una definición del estatuto biológico del embrión".

En esta línea, recomienda a los Estados miembros limitar la utilización industrial de embriones y fetos humanos, de sus productos y tejidos, a fines estrictamente terapéuticos, no asequibles por otros medios, y a conformar la legislación a tales principios.

Asimismo, se recomienda que cualquier intervención que se practique sobre el embrión vivo, in útero o in vitro o sobre el feto in útero o fuera de él, sólo se permita si tiene como objetivo el bienestar del niño al nacer, es decir, favorecer su desarrollo y su nacimiento.

Merece destacarse también que se recomienda a los Estados miembros prohibir en sus legislaciones internas toda creación de embriones humanos por fecundación in vitro para la investigación, tanto vivos como después de muertos.

Por último, el informe contiene una enumeración de conductas que debieran prohibirse por constituir manipulaciones o desviaciones no deseables de las técnicas de reproducción asistida como la fusión de gametos humanos con los de otra especie, la implantación de un embrión humano en el útero de otra especie, la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros métodos, etc.

III. TRATADOS INTERNACIONALES.

Los tratados internacionales vigentes prácticamente no contienen normas que garanticen o protejan en alguna medida la vida del que está por nacer.

En efecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en el año 1948, establece, en el artículo primero del Capítulo Primero que "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona", sin indicar a partir de qué momento se inicia tal protección.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, establece, en su artículo 3º,

que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Por su parte, el artículo 6º dispone que "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, proclamada por los miembros del Consejo de Europa en Roma, el día 4 de noviembre de 1950, estableció, en su artículo 2º, que el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2.200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, dispuso, en su artículo 6º, que el derecho a la vida es inherente a la persona humana.

En ninguno de los cuerpos legales citados precedentemente se hace mención al concebido ni tampoco al embrión; sólo se limitan a garantizar, entre otros derechos, la vida de todo ser humano sin determinar a partir de qué momento se inicia tal protección, quedando al arbitrio de los distintos Estados adherentes establecer dicho instante en sus legislaciones internas.

Sin embargo, es necesario destacar el intento realizado en este sentido por la Convención Ameri-

cana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica el día 22 de noviembre de 1969, la que en su Capítulo II, artículo 4º, relativo al derecho a la vida señaló que: "este derecho estará protegido por la ley y, **en general**, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Se ha subrayado la expresión "en general" que utiliza la norma, por cuanto con ella se quiere significar que la protección de la vida del que está por nacer admite excepciones, lo cual impide que dicha protección sea absoluta, sem-

brando, nuevamente, la incertidumbre y vaguedad, que ya habían establecido los tratados internacionales anteriormente indicados sobre este punto.

En efecto, con la expresión señalada se abre la puerta para que las legislaciones internas de los Estados partes puedan disponer que el derecho a la vida del que está por nacer se protege sólo a partir de cierta fecha desde el momento de la concepción, pudiendo atentarse en contra de su vida durante el período de tiempo no protegido.