

Revista Científica Semestral  
**IN IURE**  
Ciencias Jurídicas y Notariales

Revista IN IURE, Año 4. Vol. 2.  
La Rioja (Argentina) 2014.  
Juan Carlos Costa "La persona por nacer en  
Roma. El tema en el actualidad". pp. 33-49  
Recibido: 08/09/2014 Aceptado: 05/11/2014

Año 4. Volumen 2.

ISSN 1853-6239

## LA PERSONA PRO NACER EN ROMA. EL TEMA EN LA ACTUALIDAD

### Juan Carlos Costa

Profesor Titular Regular Derecho Romano,  
Universidad Buenos Aires (UBA);  
Universidad del Salvador (USAL);  
Universidad Argentina J. F. Kennedy (UAJFK).

#### Palabras claves:

*concebido, protección,  
personalidad, sujeto de  
derecho, capacidad  
jurídica.*

#### Key words:

*conceived, protection,  
personality, subject of law,  
legal capacity.*

### Resumen

Más allá de las disposiciones del código civil, el análisis de disposiciones normativas y fallos recientes, que contemplan particularmente la situación del concebido no nacido demuestra la pervivencia de los principios rectores del derecho romano en la protección del más débil en la legislación argentina.

## Abstract

Despite the civil code regulations, legal regulation and recent judgement analysis, that specifically consider the not born conceived situation, it evidences the survival of the Roman Law governing principles involved in the weakest protection within the argentinean legislation

### I. Introito

El presente trabajo es continuación de la investigación que vengo realizando desde hace tiempo respecto de la problemática provenientes de *la persona por nacer (nasciturus*<sup>1</sup>). Más allá de las disposiciones del código civil, el análisis de disposiciones normativas y fallos recientes, que contemplan particularmente la situación del *concebido no nacido* demuestra la pervivencia de los principios rectores del derecho romano en la protección del más débil en la legislación argentina.

### II. Protección al concebido en el derecho romano

Es profunda la influencia del derecho romano respecto de la problemática concerniente al concebido (*nasciturus*). Prefiero emplear esta terminología más propia de Teixeira de Freitas y Vélez Sársfield, continuadores de la corriente romanista ibérica, sin desconocer la polémica doctrinaria al respecto reseñada por Catalano cuando

---

<sup>1</sup>Costa J. C. y García R. G., 1990. La situación jurídica del nasciturus en el derecho romano y su influencia en A. T. Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield, IX° Encuentro Nacional Profesores Derecho Romano, Tucumán; Costa J. C., 1997. El derecho de familia y de las personas en Roma, Estudio, Buenos Aires; Costa J. C., 2001. Estatuto de la persona, XVIII° Jornadas de derecho civil, Buenos Aires, Costa J. C., 2004. Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea, XIV° Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Bs.As.; Costa J. C., 2007. La protección del concebido en el Derecho Romano y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea, Revista Aequitas, USAL, Año 1 N° 1, Buenos Aires; Costa J. C., 2011. La protección del concebido en el Código Procesal Penal de la Nación y el Derecho Romano, Revista Signos Universitarios, Universidad del Salvador, año XXX, N° 46, Buenos Aires.

reflexiona que frecuentemente en Europa la introducción de los conceptos abstractos de *persona*, *personalidad*, *sujeto de derecho*, *capacidad jurídica*, ha importado una renovación de los principios y de las normas avanzando de la *igualdad ontológica al eclecticismo pacífico legislativo*<sup>2</sup>.

Respecto al tema puedo señalar que, los juristas romanos fieles a su estilo práctico y realista consideran la existencia de la persona centrada en el hecho biológico y empírico del nacimiento. *El nacer* implica el comienzo a la vida en modo práctico y jurídico. A posteriori, la intensa actividad de la jurisprudencia clásica romana hace variar dicha premisa reconociéndole derechos al *nasciturus* con la finalidad de paliar situaciones jurídicas que producen soluciones inequitativas, v.g., la situación hereditaria del hijo póstumo, cuestiones alimentarias, etc., mediante lo cual, lentamente se comienza a considerar que *la vida se inicia a partir de la concepción y que el nacimiento ratifica el proceso de gestación iniciado en el seno materno*. En otras palabras, mediante la contemplación jurídica de casos cotidianos destinados a procurar soluciones justas se inicia la consideración de la existencia de la persona desde el momento de la concepción en el seno materno. *La vida se genera desde la gestación y no a partir del nacimiento; y por ende, la protección del concebido (nasciturus) se torna necesaria*. La jurisprudencia clásica, fiel a su estilo, no elabora al respecto una teoría general de la persona sino que mediante soluciones a casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene inicio con la concepción en el seno materno y no con el nacimiento. Este último, de ser con vida, no es otra cosa que la ratificación de la personalidad de quien la ha iniciado en el vientre materno<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup>Catalano P., 1990. *Diritto e Persone*, G. Giappichelli editore, Torino, p. 204 y ss.

<sup>3</sup>Costa J. C, 2001. Estatuto de la persona, XVIIIº Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires.

Lo expuesto me permite sostener que, la jurisprudencia romana considera jurídicamente ambas posturas, *nacimiento y concepción*, hasta que esta última desplaza a la primera, lo cual significa que los juristas romanos conocen ambos supuestos biológicos, decidiendo finalmente la protección jurídica al concebido desde el instante mismo de la concepción y sujeto a la condición resolutoria que nazca con vida.

## II. a. La posición de Savigny

Para comprender mejor la cuestión planteada en el derecho romano es necesario hacer hincapié, primero, en modo breve, en la postura rígida propiciada por Savigny<sup>4</sup>, que considera el inicio de la persona en el derecho romano desde el nacimiento para entender la evolución equitativa y humana, devenida en actual, que considera la personalidad y protección jurídica del concebido. La posición de Savigny se encuentra fundada en distintos pasajes de las fuentes que hacen referencia al nacimiento como consideración gravitante a tener en cuenta para el derecho<sup>5</sup>. Pero al punto habremos de admitir, que han sido interpretadas forzosamente en virtud que varios de los mismos no refieren concretamente al concebido como persona ni tampoco al alcance de sus derechos, sino a situaciones peculiares, tales como, el fruto del vientre de una esclava, legados que tienen como objeto los frutos de un fundo y de una esclava, y la consideración que el feto es parte de las entrañas de la mujer. De una atenta lectura de las fuentes indicadas se advierte, que en rigor no hacen referencia a *la persona por nacer como tal (nasciturus)* y a *su protección o sus derechos*. Por el contrario los casos aluden al *feto de una esclava*, siendo clara la distancia entre ésta y una mujer libre. Por dicho motivo, al considerar a una esclava jurídicamente como

<sup>4</sup>De Savigny M. F. C., 1878. *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. Guenoux M. Ch., F. Góngora y Cía. Editores, Madrid, T. I, p. 272 y ss.

<sup>5</sup> Inst. 2.203 / D.25.4.1.pr. / D.25.4.1.1 / D.30.24.pr. / D.35.2.9 / D.44 .2.7.3.

cosa, el concebido en su vientre es considerado en modo similar. De aquí se infiere su comparación y asimilación con *los objetos de un legado*. Por otra parte, el pasaje del Digesto que alude a la persona por nacer como *parte integrante de las entrañas de la mujer* debe ser interpretado como aquello que se encuentra en el vientre de la madre formando parte de su integridad y que hacen a su intimidad y pudor. La cita concretamente refiere a un caso de *inspección de vientre y custodia de parto*, motivado por requerimiento del padre en un caso de divorcio y no por una cuestión de consideración de la *persona por nacer en sí misma*.

## II. b. Nuestra opinión

A la luz de la evolución que efectúa el derecho en Roma comienza a surgir mayormente la tendencia de excepcionar el principio de considerar el nacimiento como punto de partida de la persona. Esta evolución deviene en importantes decisiones jurídicas contempladas en las fuentes, que permiten aseverar que la jurisprudencia romana haciendo gala de una actitud netamente humana va en dirección de *la defensa y equiparación del más débil (concebido) mediante la implementación de su protección jurídica*.

De este modo, tenemos la consideración y cobertura brindada al póstumo a través de la designación de tutores para después del nacimiento<sup>6</sup>, lo que implica reconocerlo como persona<sup>7</sup>; diferir la aplicación de la pena capital impuesta a la madre para después que el concebido hubiera nacido<sup>8</sup>; la percepción de alimentos por propio derecho del concebido con prescindencia de la madre<sup>9</sup>; la designación

<sup>6</sup>Gayo, Inst. 2.13 / Ulpiano, Reglas, 22.15 / Inst. 2.16.4 / Inst. 2.132 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4.

<sup>7</sup>Inst. Gayo 2.183 / Ulpiano, Reglas 22.15 / Inst. 1.13.4 / Inst. 1.14.5 / Inst. 2.13.2 / Inst. 2.16.4 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4 / Inst. D.26.2.1.1 / D.26.2.1.5 / D.26.2.6 / D.26.2.19.2 / D.50.17.187.

<sup>8</sup>D.1.5.18 / D.48.19.3.

<sup>9</sup>D.25.6.1.7 / D.37.9.1.3 / D.379.1.5 / D.37.9.5.pr / D.37.10.5.3.

de curador al *nasciturus* para protegerlo y administrar sus bienes considerándolo incapaz de hecho<sup>10</sup>. En este último caso se llega a considerar que el curador debe pagar las deudas contraídas en ocasión de la curatela implicando extender la responsabilidad de la persona por nacer ante las deudas<sup>11</sup>. También respecto de la posesión se permite en ciertos casos al concebido ejercerla a través del curador o incluso de la madre<sup>12</sup>. Por otra parte, se encuentran pasajes del Digesto que aluden al concebido en igual consideración al que *ya ha nacido*<sup>13</sup>; y otras fuentes tienen en cuenta la concepción como determinante del estado familiar del concebido desplazando el nacimiento<sup>14</sup>. Finalmente se considera al concebido sujeto a la condición que nazca con vida (efecto resolutorio) en contraposición al efecto que le otorga tener en cuenta el nacimiento como punto de inicio (condición suspensiva<sup>15</sup>).

O sea que a modo de apretada síntesis puedo señalar que, partiendo de la consideración del momento del nacimiento los juristas romanos comienzan a integrar la indefensión del concebido hasta equiparlo al ya nacido. *Esto implica la creación y sustento del principio moderno contemplado en numerosas legislaciones en cuanto a que la concepción en el seno materno da inicio a la persona como tal, bajo la condición que nazca con vida.*

### III. El código de Vélez

Vélez Sarsfield siguiendo a su mentor Augusto Teixeira de Freitas establece el comienzo de la existencia de la persona desde el momento mismo de la concepción en el seno materno. A dicho respecto puedo decir que, *Vélez adopta las conclusiones derivadas de*

<sup>10</sup> D.26.5.2.pr / D.26.10.3.3 / D.26.10.3.11 / D.27.1.45.2 / D.37.9.1.22 / D.50.16.161.

<sup>11</sup> D.27.4.1.2. / D.37.9.5.1.

<sup>12</sup> D.6.5.1.pr / D.26.6.1.1 / D.37.9.

<sup>13</sup> D.1.5.7 / D.1.5.26 / D.50.16.153.

<sup>14</sup> Inst.1.13.9 / D.1.7.15.

<sup>15</sup> D. 34.5.7.pr / D.38.16.3.9 / D.40.4.7 / D.50.16.129.

*las múltiples soluciones propiciadas por el derecho romano, tan bien conocidas en su época, trasladándolas a nuestro derecho positivo*<sup>16</sup>. Respecto de la labor de nuestro codificador, Schipani ha tenido oportunidad de señalar que *el código de Vélez con sus notas constituye la expresión más concluyente desde el punto de vista teórico en cuanto a la continuidad existente entre los códigos justinianos y los códigos contemporáneos*<sup>17</sup>.

La persona por nacer en el código civil se encuentra legislada en los artículos 63 a 78<sup>18</sup>, y especialmente en la nota al artículo 63<sup>19</sup>, donde Vélez señala con notable acierto que,

*“las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar...; pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el derecho romano había acciones sobre este punto...”*.

En la nota indicada encontramos también puntuales referencias al derecho romano y citas de códigos coetáneos de marcada influencia romanista, v.g., Luisiana (art. 29), Prusia (T. 1 art. 10 parte 1ra.). Empero, es menester destacar la decisiva influencia que ha tenido en nuestro codificador la postura asumida por el jurisconsulto brasileño Teixeira de Freitas, que por coincidir con la misma sigue acertadamente, especialmente en cuanto a la admirablemente distinción efectuada por Freitas entre *persona futura* y *persona por*

<sup>16</sup> Costa J. C., 1997. *El Derecho de familia y de las personas en Roma*, Estudio, Buenos Aires, p. 42.; Costa J. C., 2005. “Raíces Romanas en las Instituciones Modernas”, XXº Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Buenos Aires.

<sup>17</sup> Schipani, S., 2004. *Treinta años de diálogo con los juristas latinoamericanos*, La Ley, Buenos Aires, 22-09.

<sup>18</sup> Que corresponden a los arts. 1 a 7 del Título III y arts. 1 a 9 del Título IV, ambos de la Sección Primera, Libro Primero “De las Personas”, según la numeración original dispuesta por Vélez reemplazada luego por la actual correlativa.

<sup>19</sup> En el original corresponde al art. 1, Título III, Sección Primera, Libro Primero.

nacer<sup>20</sup>; su aguda reseña sobre la situación codificadora de la época<sup>21</sup>; y el excelente fundamento empleado en refutación de la posición de Savigny.

Con lo expuesto quiero señalar que, *la solución adoptada por Vélez en el código considerando que la existencia de la persona se inicia en el momento de la concepción tiene origen en el derecho romano, demostrando su influencia y vigencia no sólo históricamente sino a modo de pervivencia, transmutación o transfiguración jurídica.*

#### **IV. El tema en la actualidad**

Es evidente, que el enfoque jurídico de Vélez y los juristas de su época solo pueden considerar el único modo posible de concebir, esto es, en el seno materno. He dicho más arriba, que la jurisprudencia romana se adelanta al momento que les toca vivir dejando atrás el principio que la persona de existencia física se inicia con el nacimiento remplazándolo por la concepción. Más hoy, el adelanto de la ciencia médica nos induce al análisis de *la problemática de la fecundación extracorpórea*, planteado el eje de la cuestión respecto *la concepción fuera del seno materno*. Ya he tenido oportunidad de desarrollar el tema haciendo hincapié en el campo de la bioética para concluir que es legal y justo brindar la correspondiente protección jurídica al concebido extracorpóreo<sup>22</sup>. Es evidente que el tema es espinoso y causa de debate doctrinario permanente. Sin perjuicio de ello, con la prudencia y mesura que la cuestión requiere, especialmente en consideración de las opiniones en contrario, en su momento sostuve que es menester brindar una adecuada aceptación y protección jurídica al concebido extracorpóreo<sup>23</sup>. Con esto, en definitiva y en mi

<sup>20</sup> Teixeira de Freitas, Exboxo, Libro I Sección I, Título 2º Capitulo 1, nota art. 53.

<sup>21</sup> A favor de la concepción: Cód. Austria (art. 22); Luisiana (art. 2); del Perú (art.3); Estados Prusianos (art.10, parte 1º, Título 1º). A favor del nacimiento: Cód. Chile (arts. 74 y 77).

<sup>22</sup> Costa J. C., *La protección del concebido en el derecho romano y los problemas...* cit.

<sup>23</sup> Costa J. C., *La protección del concebido en el derecho romano y los problemas...*, cit.

opinión, no es otra cosa que brindar *protección legal al más débil*, tal cual lo hicieran los juristas romanos con *el concebido en el seno materno*. Pero es evidente, que tratándose de una cuestión delicada, la sociedad, entiéndase Estado, debe implementar una política tuitiva del concebido extracorpóreo, como incluso otrora se hiciera en Roma respecto de la protección jurídica del concebido desde el seno materno.

## **V. La cuestión en los proyectos legislativos**

Desde 1985 a la fecha son diversos los proyectos de carácter nacional que se han presentados con el fin de legislar el tema pero sin que hayan recibido aprobación por ninguna de las Cámaras del Poder Legislativo. Recién, en julio de 1997, el Senado aprobó un proyecto originado en varias de sus comisiones, que finalmente no fue convalidado en Diputados. Por su parte, el denominado "Proyecto de Código Civil unificado al Código de Comercio", presentado en 1998, trata el tema en diversos artículos, especialmente el 15, que reza, "*la existencia de las personas humanas comienzan con la concepción*", modificando lo dispuesto por Vélez cuando habla de "*la concepción en el seno materno*". El "Proyecto" en sus "Fundamentos" (L. 2º T. Iº p. 3) dice al respecto que, "al tratar del comienzo de la existencia de las personas se dispone que ello se produce con la concepción; se elimina la expresión en el seno materno para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas. El texto se adecua entonces no sólo a la realidad científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 4 inc.1). Los otros arts., que proponen armónicamente la modificación expuesta son los siguientes: 111, 505, 543, 563 y 2229 inc. c."

## **VI. El tema en el proyecto del nuevo Código Civil y Comercial**

El proyecto del nuevo "Código Civil y Comercial" según su versión originaria trata la cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana en los artículos 19 a 21, que analizaremos a continuación:

Artículo 19. **Comienzo de la existencia.** *La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.*

Artículo 20. **Duración del embarazo. Época de la concepción.** *Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo de embarazo es de TRESCIENTOS (300) días y el mínimo de CIENTO OCHETA (180), excluyendo el día del nacimiento.*

Artículo 21. **Nacimiento con vida.** *Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.*

Si bien se trata aún de un proyecto, que tiene sanción solo en cámara de senadores, debemos realizar las siguientes apreciaciones.

El tema es álgido e intensamente debatido desde lo político, moral, social religioso, etc., esencialmente porque trata la consideración jurídica del inicio de la persona. En dicho sentido el proyecto no se aparta de la doctrina civilista argentina tradicional fundada en el

derecho romano en cuanto a que el inicio de la persona se produce en la concepción en el seno materno (art. 19). Si bien éste es el principio general para la procreación natural innova en cuanto a los casos de los embriones originados por técnicas de reproducción asistida señalando que el comienzo de la vida se produce con la implantación en la mujer. Pero la norma no se desentiende de lo más agudo de la problemática referida a "la situación del embrión no implantado", pero sin brindarle solución jurídica dado que lo deja supeditado a la sanción de una futura ley.

Los restantes artículos (20 y 21) son de raigambre netamente romanista, tanto lo concerniente a la duración del embarazo como la sujeción a la condición resolutoria que nazca con vida<sup>24</sup>.

## **VII. Breve consideración de la problemática de la procreación asistida en el país**

Coexisten respecto del tema dos puntos de vista antagónicos. Por un lado, la postura que admite con amplitud la procreación asistida en aras del progreso de la ciencia, y por el otro, aquella que la rechaza<sup>25</sup>. Sin entrar en profundidad en la consideración técnica de los distintos procesos de fecundación asistida puesto que escapa a la ocasión del presente trabajo es menester dejar en claro que éstos pueden ser de modo extracorpóreo intracorpóreo. Las primeras se fundamentan en que "la mayor parte de las mismas efectúan la fusión de los gametos masculino y femenino en un medio extracorpóreo, pudiendo tratarse de la fertilización denominada pasiva, que es la más común y conocida o la activa (inyectar uno o algunos pocos espermatozoides en el interior del óvulo), transfiriendo

<sup>24</sup>Costa J. C. 1997, *El derecho de familia...*, cit., p. 42 y ss.

<sup>25</sup> Sambrizzi E. A., 2001. *La producción asistida y la manipulación del embrión humano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 13 y ss.

luego el huevo fecundado a las trompas de la mujer”.<sup>26</sup> Las segundas, presenta como característica que la fusión se produce mediante “la introducción del semen del varón en la vagina o útero de la mujer, en la cavidad abdominal o dentro del folículo ovárico antes de que se produzca la ovulación, o mediante la transferencia intratubárica de gametos, que consiste en la introducción en las trompas de la mujer, en el abdomen o a través del canal cervical, de los gametos femenino -previamente extraído- y masculino, sin previa fertilización entre ambos<sup>27</sup>”.

La fertilización extracorpórea ha conducido muchas veces a la aplicación de otras técnicas complementarias que causan una intensa discusión doctrinaria: a) El congelamiento o crioconservación de gametos masculinos o de embriones debido al poco éxito obtenido en el desarrollo hasta hoy en la congelación de gametos femeninos que conlleva a la congelación de óvulos ya fecundados (embriones); b) La selección de embriones en consideración a su mejor aptitud, cantidad requerida por la gestante, rechazo de la gestante de la implantación de los embriones crioconservados, fallecimiento de la madre biológica y no implantación posterior en otra madre. Procedimientos técnicos que han conducido a la decisión de desechar o descartar. Es evidente que la adopción de cualquiera de estas dos últimas posibilidades genera oprobio en parte de la doctrina por cuanto considera que en el primer caso se produce “la cosificación del embrión humano”, y en el segundo, “la muerte premeditada de un ser humano”.<sup>28</sup>

Hasta aquí sólo me he referido brevemente el aspecto emergente de la pareja que desea tener un hijo y los médicos que la asisten (fertilización homóloga), empero, otra faceta del problema surge en el caso de fertilización heteróloga, que se produce entre la pareja y

<sup>26</sup> Sabrizzzi E. A., *La producción asistida...*, cit., p. 18 y ss.

<sup>27</sup> Sambrizzi E. A., 1995. *La producción asistida...*, cit., pág. 19; Loyarte D. y Rotonda A. E. *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Depalma, Buenos Aires, p. 107 y ss.

<sup>28</sup> Sambrizzi E. A., *La procreación asistida...*, cit., p. 20 y ss.

los donantes del material genético o entre éstos y los bancos de semen o entre el donante y los hijos nacidos con motivo de la utilización de los gametos de aquellos. Otra variedad de la problemática en tratamiento, sin ánimo de agotar la misma, y a modo de ejemplo, se da en la relación entre la pareja y los embriones no implantados, el alcance de la guarda del secreto de la identidad de los donantes, la madre portadora o subrogada (gestación realizada por una tercera persona con óvulos que pueden o no ser de ella con la cual se ha convenido previamente la entrega del hijo que gestó a quien o quienes se lo han encargado); gestación del hijo por parte de la mujer que utiliza embriones congelados o gametos crioconservados del marido premuerto; la extracción de semen de los testículos del marido fallecido, etc.<sup>29</sup>

En mi opinión, lo concerniente a los inconvenientes y supuestos que se pueden presentar respecto a la finalidad de la fecundación extracorpórea es sumamente agudo y conflictivo. Toda persona, simplemente por el hecho de serlo, tiene derecho a la vida. *Persona y vida son una misma cosa no pudiéndose separar una sin que se pierda la otra*<sup>30</sup>. Por ende, siendo la procreación algo propio y natural de la unión sexual de la mujer y el hombre es menester tener en claro qué es lo que se persigue con la fecundación extracorpórea, por cuanto la ciencia médica, esto es, la inteligencia del hombre reemplazando a la naturaleza, genera una responsabilidad que no puede ser soslayada por el legislador puesto que entramos en el terreno de la bioética (del griego *bios*, vida, y *ethiké*, moral), que consiste en “*el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales*”<sup>31</sup>. El término bioética “*se ha ido incorporando paulatinamente en el lenguaje científico, primero y en el habla corriente, después indicando*

<sup>29</sup> Sambrizzi, E. A., *La procreación asistida...*, cit., p. 22 y ss.

<sup>30</sup> Costa J. C., 2001. XVIII° Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires.

<sup>31</sup> Loyarte D. y Rotonda A. E., *Procreación...*, cit., pág.11 y ss.

*de modo fehaciente la especial influencia que estos temas tienen en el hombre moderno, afectado por una incesante medicalización de su vida<sup>32</sup>".*

Sin perjuicio que resulta imposible abarcar la cuestión con la profundidad y seriedad que merece es fundamental dejar en claro, al menos, que es imposible soslayar "el vacío legal sobre el tema" sin tener en cuenta los principios que emergen de esta nueva ciencia, por cuanto en definitiva se trata "de crear vida", y ello conlleva principios inexorables que deben ser tenidos en cuenta desde el punto de vista, médico, legal y ético, dado que es "el propio hombre que crea vida humana reemplazando el acto natural de la procreación", con los peligros que esto puede acarrear, v. g. la clonación.

### **VIII. Otro aspecto de la vigencia del derecho romano en cuanto a la protección del concebido en la legislación argentina**

Efectuado en los acápites precedentes el análisis de la situación del concebido en el derecho argentino arribo prima facie a la premisa: *que el derecho romano ha brindado a la normativa argentina principios rectores destinados a la consideración y protección del concebido como persona.*

Por dicha razón me he abocado al estudio del tema mediante el análisis de otro punto de vista en la cuestión, siendo el caso de lo referente a la protección del concebido no nacido prevista en el art. 495 del Código Procedimiento Penal de la Nación, que dispone "la ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal del juicio solamente en los siguientes casos: 1) cuando

<sup>32</sup> Loyarte D. y Rotonda A. E., *Procreación...*, cit., p. 12 y ss.

*deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia...”.*

En este sentido, los argumentos de recientes fallos jurisprudenciales han sostenido que *“en circunstancias particulares deben meritarse a la hora de resolver, además de cuestiones propias de la detenida, extremos y situaciones fácticas que van más allá del sujeto que viene sufriendo la detención, tal como el interés de la persona por nacer, protegido por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento supralegal de rango constitucional”*, ordenándose en consecuencia suspender la prisión preventiva que viene sufriendo la madre hasta tanto dé a luz y su hijo cumpla los seis meses de edad<sup>33</sup>.

Pues bien, a lo expuesto debo añadir la opinión de Ulpiano cuanto tuvo que expedirse en una situación similar resolviendo que *“el Emperador Adriano respondió por rescripto a Publicio Marcelo, que la mujer libre, que estando embarazada fue condenada a la última pena, paria un libre; y que se acostumbra conservarla, hasta que diese a luz el parto...”*<sup>34</sup>. El mismo Ulpiano, en otro caso, también decide en el mismo sentido diciendo que *“la pena de la mujer embarazada condenada a ser ejecutada se difiere hasta que para. Yo ciertamente se que se observa, que tampoco se la sujeta al tormento mientras está embarazada”*<sup>35</sup>.

Es más que evidente que las humanas soluciones de Ulpiano respecto de la protección de la mujer que se encuentra embarazada bajo prisión o sujeta a la pena capital se encuentran destinadas también a la protección del concebido, y esta solución propiciada por el derecho romano es recogida por la normativa y jurisprudencia citadas.

---

<sup>33</sup>Del voto del Dr. Eduardo R. Freiler, C. 38.398 - “Inc. De Excarcelación de Huaranga Padilla, Yuri Eith”. CNCRIM. y CORREC. FED. - Sala I - 19/10/05; y C. 38.810 - “Quichua Quispe, Eda s/ detención domiciliaria” - CNCRIM. y CORREC. FED. - Sala I - 14./03/06.

<sup>34</sup> D.1.5.18.

<sup>35</sup> D.48.19.3.

Ulpiano refiere no solo a la mujer que se encuentra sujeta a la aplicación de la pena capital, sino también a la que puede ser pasible de cualquier tipo de tormento, demostrando el destacado jurista clásico su elevado criterio jurídico cuando señala atinadamente *“a la mujer tampoco se la sujeta al tormento mientras está embarazada”*<sup>36</sup>.

El criterio adoptado por Ulpiano es amplio, humano, de plena consideración hacia la mujer en razón de su embarazo, lo que implica *la protección del ser que porta en su seno”*.

Ahora bien, en el derecho moderno debemos equiparar *“tormento con prisión”*, y entonces, emerge clara la solución de Ulpiano recogida en la normativa legal y jurisprudencial argentina. De ningún otro modo se pueden interpretar los pasajes del célebre jurista romano y su incidencia en el derecho actual, lo cual permite sostener que, *los principios rectores del derecho romano destinados a la debida consideración y protección del más débil, en este caso, el concebido, se encuentran insertos en el derecho argentino y tienen plena y eficaz aplicación.*

## **IX. A modo de conclusión.**

Estudiando las fuentes romanas y su influencia y recepción en el código de Vélez y en la doctrina civilista argentina, el estado actual de los proyectos de reformas y la doctrina especializada en el tema, puedo arribar a la conclusión que, *el sistema legal argentino ha receptado sólidamente los principios humanos del derecho romano en cuanto a la protección jurídica del concebido en el seno materno*

---

<sup>36</sup> D.48.19.3.

(nasciturus) y como consecuencia de ello, la vida extracorpóreatambiéndebese ser protegida en modo coherente con dichos principios, que brindan fundamento a la legislación latinoamericanas en general y a la argentina en particular.

## BIBLIOGRAFIA

- CATALANO P., 1990. *Diritto e Persone*, G. Giappichelli editore, Torino.
- COSTA J. C., 2007. "La protección del concebido en el Derecho Romano y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea", *Revista Aequitas, USAL*, Año 1 N° 1, Buenos Aires.
- COSTA J. C., 2011. "La protección del concebido en el Código Procesal Penal de la Nación y el Derecho Romano", *Revista Signos Universitarios, Universidad del Salvador, año XXX*, N° 46, Buenos Aires.
- DE SAVIGNY M. F. C., 1878. *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. Guenoux M. Ch., F. Góngora y Cía. Editores, Madrid.
- LOYARTE D. y Rotonda A. E. *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Depalma, Buenos Aires.
- SAMBRIZZI E. A., 2001. *La producción asistida y la manipulación del embrión humano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- SCHIPANI, S., 2004. *Treinta años de diálogo con los juristas latinoamericanos*, La Ley, Buenos Aires.

### Cita de este artículo:

COSTA, J. C. (2014) "La persona por nacer en Roma. El tema en la actualidad" *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Noviembre de 2014, Año 4, Vol. 2. pp. 33-49. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>