



La complejidad del debate sobre la condición jurídica del “nasciturus” en la actualidad y la necesidad del concepto de “persona por nacer”

The complexity of the debate on the legal status of the “nasciturus” nowadays and the need of the concept of “unborn person”

A complexidade do debate sobre a condição jurídica do nascituro na atualidade e a necessidade do conceito de “pessoa por nascer”

ALFREDO DE J. FLORES¹

Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (UFRGS)

RESUMEN: Esa investigación trata del problema teórico-jurídico de encuadrar la temática actual del estatuto del “nasciturus” entre los límites del discurso técnico-jurídico y la bioética. La propuesta es reconocer la viabilidad actual del concepto de “persona por nacer” que el jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas estableció en su *Esbozo del Código civil*, primer proyecto de Código civil en Brasil de mediados del siglo XIX, y que a su vez fue utilizado por Dalmacio Vélez Sarsfield en su proyecto de Código civil argentino, el que fue aprobado en 29 de septiembre de 1869 y todavía sigue vigente. Para ello, son tratados tres puntos: en primer lugar, la presentación del problema-clave, hablando del debate contemporáneo sobre los derechos del “nasciturus”, en especial cuando se vincula a la bioética; en segundo lugar, la exposición respecto a las insuficientes razones de la regulación jurídica actual sobre ese asunto; y en tercer lugar, la presentación de la propuesta de ese concepto de “persona por nacer”. A partir de esos elementos, se defenderá la necesidad de retomar el estudio del concepto de “persona por nacer” en conformidad con el pensamiento de su creador, Teixeira de Freitas.

Palabras clave: “Nasciturus”; Bioética; Conceptos jurídicos; “Persona por nacer”.

ABSTRACT: This research deals with the theoretical and legal problem of framing the current issues of the Statute of the “unborn child” (“nasciturus”) between legal and bioethics discourse. The proposal is to recognize the current viability of the concept of “unborn person”^{2***} that the Brazilian jurist Augusto Teixeira de Freitas established on his Outline of the Civil Code, the first Brazilian project of Civil Code in the mid-nineteenth century, and which was used by Dalmacio Vélez Sarsfield in the Argentine project of Civil Code, that was approved on September 29, 1869, and it is still in force. Three topics are treated: first, the presentation of the key problem, talking about the current debate on the rights of the “nasciturus”, especially when linked to bioethics, secondly, exposure regarding insufficient reasons for the current legal regulation on the matter, and thirdly, the presentation of the proposal of the concept of “unborn person”. From these elements, the need to resume the study of the concept of “unborn person” will be defended, in accordance with the thinking of its creator, Teixeira de Freitas.

Keywords: “Nasciturus”; Bioethics; Legal concepts; “Unborn person”.

RESUMO: Essa investigação trata do problema teórico-jurídico de enquadrar a temática atual do “status” do nascituro entre os limites do discurso técnico-jurídico e a bioética. A proposta é reconhecer a viabilidade atual do conceito de “pessoa por nascer” que o jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas estabeleceu em seu *Esboço do Código civil*, o primeiro projeto de Código civil no Brasil em meados do séc. XIX, e que, por sua vez, foi utilizado por Dalmacio Vélez Sarsfield em seu projeto de Código civil argentino, o qual foi aprovado em 29 de setembro de 1869 e que ainda tem vigência. Para isso, são tratados três pontos: em primeiro lugar, a apresentação do problema-chave, falando do debate contemporâneo sobre os direitos do nascituro, em especial quando vinculado à bioética; em segundo lugar, a exposição sobre as insuficientes razões da regulação jurídica atual sobre esse assunto; e em terceiro lugar, a apresentação da proposta desse conceito de “pessoa por nascer”. A partir desses elementos, defende-se a necessidade de retomar o estudo do conceito de “pessoa por nascer” em conformidade com o pensamento de seu criador, Teixeira de Freitas.

Palavras-chave: nascituro; bioética; conceitos jurídicos; pessoa por nascer.

1 LA SITUACIÓN ACTUAL DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL “NASCITURUS”

Antes de hablar del concepto de “persona por nacer”, se debe tratar, en primer lugar, del enfoque que servirá de directriz para el análisis del tema y que justificaría ese estudio. El problema-clave que hablamos es la cuestión del estatuto jurídico del “nasciturus”, problema indudablemente presente en el debate contemporáneo. Importa decir que esa cuestión tiene gran notoriedad en las actuales discusiones académicas y político-legislativas, y que esos debates se suceden dentro de un ámbito más amplio de controversias, donde el discutir el estatus del “nasciturus” en verdad significa discutir los valores y los rumbos de la sociedad contemporánea, al menos la occidental.

De esa manera, es posible empezar ese análisis apuntando que el paradigma del pensamiento contemporáneo con relación a ese tema y que todavía tiene fuerza hoy día en el área de bioética es la opinión que defiende límites al reconocimiento de la personalidad a todo y cualquier ser humano, lo que se configura en lo que el profesor Jesús Ballesteros llama de “personismo”.

Muy relevante ejemplo, aunque ya delimitado en un tiempo anterior, fue la visión que tenía el profesor estadounidense Hugo Tristram Engelhardt jr., cuyas obras fueron reconocidas como entre las más importantes en el ámbito de la bioética en el inicio de esos debates en los años 70 y 80; entre tanto, con ese análisis que vamos a hacer, no hay la intención de reprobar la figura del autor, hasta porque algunas de esas ideas que vamos a exponer aquí no representarían su opinión actual. De todos modos, fueron de gran repercusión en ese inicio del debate en que el área de la bioética intenta consolidarse en cuanto ciencia que trata del problema de la condición ética del ser humano durante su vida.

En su principal obra de ese período, *Los fundamentos de la bioética*³, Engelhardt discurre sobre los temas más importantes de la bioética tomando una posición heterodoxa y de vanguardia respecto a los mismos, pues de manera inequívoca defiende ciertas formas de aborto, manipulación genética de embriones y eutanasia. Su trabajo consiste en legitimar racionalmente a la llamada “moral secular general”, moral esa que busca adecuarse a la realidad postmoderna pluralista y secular de nuestros días, siendo contrapuesta a cualquier moral de contenido metafísico, ideológico o religioso (genéricamente llamada de “moral canónica” por el autor).

Partiendo de esa visión “secular”, Engelhardt explica que la fuente de la autoridad secular general es

la autoridad del consentimiento⁴ entre las “personas”, que son los agentes que pueden decidir en temas morales. Como la argumentación racional fracasa al intentar establecer una noción moral con contenido, solamente cabría una teoría “secular” (en el sentido de la Ilustración) de la moralidad que se vincula a “extraños morales”, los demás agentes, pues sería suficiente para justificar prácticas humanas y políticas sanitarias que tocasen la esfera de todos los agentes morales. Así ocurrirá el acuerdo racional de voluntades dentro del patrón “secular”, con la renuncia a la utilización de la fuerza coercitiva, evitando que se convierta en un instrumento de alguna moralidad “canónica” no legitimada racionalmente.

En ese sentido, la “moralidad secular general” necesita de un concepto básico que viniese a servir de fundamento de las reglas consensuadas: ese concepto es la idea de “persona” en sentido estricto. Para Engelhardt en esa obra, la “persona” es el centro de esa “moralidad secular”, pues es una entidad que es capaz de tener conciencia de sí misma, es racional y libre para elegir, teniendo preocupaciones morales. Partiendo de ese “agente moral” que se preocupa moralmente con loores y censuras, se puede construir una comunidad pacífica⁵ en modelo moral secular general, donde la autorización y el acuerdo entre los participantes fundamentan la pertenencia a esa comunidad y la obediencia a sus reglas. Con todo, cuando el autor centra su discurso “secular” en la “persona”, también presenta enfáticamente una diferencia entre la “persona” y el “ser humano”, a punto de afirmar que no todos los seres humanos son personas, pues no todos son auto-reflexivos, racionales y capaces de imputación moral. En la categoría de seres humanos que no son “personas” se encuadran los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los totalmente comatosos. Con ese razonamiento, solamente las “personas” pueden discutir y decidir sobre aspectos morales de su propia vida y de sus dependientes, ya que son los únicos capaces de reflexionar sobre el mundo e intentan explicar su sentido.

Según Engelhardt, como solamente las “personas” importan, debemos resolver sus disputas morales cuando haya más de una visión moral, necesiándose de principios que posibiliten un discurso moral en las sociedades pluralistas seculares sin el establecimiento de un contenido moral concreto, y que funcionen como guía para trazar la extensión de la hipotética autoridad moral secular en materia de políticas públicas. Para el autor, los principios elementales de la bioética son los siguientes: el permiso, la beneficencia, la propiedad y la autoridad política.

Con relación al principio del permiso⁶, explica Engelhardt que la autoridad que practica acciones que implican a otros agentes en la sociedad secular se basa en el consentimiento o permiso de los mismos. De eso concluye el autor que no hay autoridad sin permiso y que las acciones que contraríen a la autoridad son censurables (el infractor no más participa de la comunidad, siendo lícito el uso de la fuerza como punición o represalia). Ese principio se justificaría en vista de que la autoridad no puede resolver disputas morales desde argumentos racionales o creencias comunes, sino únicamente a partir del acuerdo de los participantes, que es el verdadero origen de la autoridad (de ahí que el respeto hacia el derecho de los participantes al consentimiento es la condición necesaria para la posibilidad de una comunidad moral) por tratarse de una consecuencia de ese “respeto mutuo”.

En cuanto al principio de la beneficencia⁷, Engelhardt habla que la meta de la acción moral es conseguir beneficios y evitar perjuicios; eso significaría que, en una sociedad pluralista secular, como no hay forma de estipular canónicamente tales beneficios y perjuicios, solamente cabría un cierto compromiso en favor de la beneficencia para que la vida moral tenga determinado contenido. Se ve entonces que no hay ningún principio general de beneficencia que presente un contenido a ser apelado y que las acciones que no respetan la preocupación por la beneficencia son censurables (el infractor se pone fuera de la comunidad, pues las acciones contra la beneficencia son una incorrección moral por contrariar el contenido propio de la vida moral). Por esa razón, la beneficencia es dependiente del principio del permiso y se caracteriza como el contenido mínimo exigido para resolver las disputas morales que buscan beneficios y evitan perjuicios.

Hablar del principio de la propiedad significa que la propiedad procede y se constituye en la moralidad del permiso; así, debemos respetar los derechos de propiedad como respetamos al propietario, pues violar su propiedad es violar su persona. Los objetos de la propiedad⁸ son los productos de las personas, como los animales domesticados o comercializados, los niños y “meros organismos biológicos humanos”, y las demás personas (cuando de relaciones de prestación de servicios, etc.). En razón de eso, como las personas se prolongan en sus posesiones, adquieren derechos sobre la persona o cuerpo de otra por el consentimiento de la misma o entonces poseen derechos sobre objetos o personas que deben ser respetados como parte de la moralidad secular general. En ese sentido, afirma Engelhardt que las personas se poseen a sí mismas, lo

que producen y lo que las demás personas poseen y les transfieren; ya las comunidades poseen lo que las personas transfieren a la propiedad colectiva o crean como riqueza común. De esa forma, los derechos de propiedad individual derivan del derecho fundamental de que nadie puede actuar contra al propietario sin que tenga su permiso, pues una vez que el derecho tenga sido adquirido, puede ser vendido libremente o transferido a otros, mismo los derechos que uno posee sobre sí mismo⁹.

Según el principio de la autoridad política¹⁰, la justificación moral de la autoridad se da cuando existe el consentimiento de los gobernados. Las entidades corporativas y políticas tienen autoridad para proteger a los inocentes contra el uso de la fuerza no consentida por ellos, hacer cumplir los contratos, crear derechos de asistencia social a través de recursos colectivos y determinar límites en las disputas en el mercado, cuando haya necesidad, desde que renuncie a cualquier contenido de moralidad. Eso confirma que la autoridad política es justificada por el principio del permiso (pues se ubica en el ámbito delimitado por las obligaciones que derivan de ese principio) y por la beneficencia (cuando especificada por medio del consentimiento mutuo). Así, el Estado debe dejar espacios libres para el derecho a la intimidad, con el fin de mantener la autoridad o legitimidad moral secular para realizar acciones individuales o colectivas; esos espacios libres son el medio en el cual las comunidades aplican sus ideas de bien, resultando en la actitud del Estado de apertura para el desarrollo de diferentes políticas de asistencia sanitaria.

Concluye Engelhardt que existe una variedad de acepciones respecto al concepto de “persona”, pero la única que corresponde al “agente moral” es la “persona” en sentido estricto. El autor explica que suele ocurrir el nombramiento de seres que no son personas porque se sopesa sus sentidos sociales: así, existe una acepción de “persona” atribuible a los niños (con garantía de derechos), a aquellos que un día fueron “personas” y no lo son más (los seniles que tienen un mínimo de interacción social), a aquellos que nunca fueron “personas” (retrasados mentales profundos, dementes) y a aquellos que sufren graves lesiones (comatosos graves o permanentes, sin ninguna interacción social). En vista de esos sentidos sociales, algunos seres humanos que no son “personas” son tratados de esa manera, teniendo derechos garantizados de forma igual a los “agentes morales”¹¹.

Ya con relación a los “productos biológicos humanos” (cigotos, embriones y fetos), su valor está determinado por la moralidad secular general principalmente por el valor¹² que representan para las personas actuales;

cotejándolos con los niños ya nacidos, estos últimos llevan larga ventaja en razón de la inserción social ya efectuada con el nacimiento. En vista de eso, el autor afirma que, además del cuerpo, también los cigotos, embriones y fetos producidos por una persona son su propiedad, siendo posible su disposición “total” hasta que alcancen la categoría de entidad consciente. Es decir, partiendo de estos argumentos de Engelhardt, se observa cuales serían las razones de la actual postura relativista de algunos integrantes de la comunidad académica y de representantes de los cuerpos legislativos nacionales con relación a los derechos del “nasciturus”. Como resultado de esas ideas, en el período actual se comprende la razón de que en varios países se ha optado por una política permisiva del aborto y de la indiscriminada manipulación genética de embriones, poniéndose completamente en contra a la determinación objetiva de un estatuto jurídico de protección al “nasciturus”.

1.1 El aborto

Aunque sea de conocimiento general que durante toda la historia del hombre el aborto fuese una práctica corriente en muchas comunidades humanas antiguas, se puede afirmar que solamente en la sociedad occidental contemporánea se ha reconocido la amplitud de esa cuestión. En verdad, la discusión sobre posibilitar o no legalmente el aborto se ha suscitado desde hace poco tiempo, sobre todo a partir de la decisión de la Suprema Corte americana en 1973 sobre el clásico caso *Roe v. Wade*¹³, donde se reconoce el derecho constitucional de la mujer para poder abortar.

El caso trataba de la constitucionalidad de reglas del Código penal del Estado de Texas que penalizaban a aquél que quisiese hacer aborto fuera de la situación de “salvar la vida de la madre”¹⁴. La opinión de la Corte fue presentada por el juez Blackmun, el cual ha argumentado que, ante la fuerte oposición de puntos de vista de distintas matizaciones filosóficas o religiosas en esa controversia, su preocupación sería simplemente encuadrar el problema en el ámbito de la Constitución americana. Así, el juez comienza su argumentación haciendo una revisión de la historia del aborto, enfatizando que ese tenía un tratamiento anterior como un mero delito¹⁵, y después trata directamente del derecho de la mujer a la privacidad¹⁶. Al final, concluye que la legislación estatal en discusión, que penaliza el aborto (exceptuando solamente casos de salvación de la vida de la madre, pero sin considerar las etapas del embarazo y sin reconocer los demás intereses), violaba la protección garantizada en la XIV Enmienda de la Constitución en determinadas situaciones¹⁷.

A partir de esa decisión, los argumentos adoptados fueron mantenidos por la Corte en sus decisiones posteriores, a pesar de la modificación de sus integrantes desde el caso *Roe v. Wade*. Hubo también una mejora técnica en la estructura teórica y aplicabilidad práctica¹⁸ de esos argumentos por medio de la aclaración de ciertas posturas anteriores y el aumento de la complejidad de la materia en los casos subsiguientes. Además de eso, la decisión ha tenido efectos en todo el mundo occidental, haciendo oportuno el surgimiento de muchas legislaciones permisivas del aborto, sobretodo en países como Alemania¹⁹, Francia²⁰ e Italia²¹.

En general, también ha aumentado el número de variables que justifican el abortamiento de fetos, una vez que los países han adoptado diversos parámetros de informaciones para tratar de ese tema, algunas veces primando por aspectos ideológicos y otras por económicos o políticos²². De esa legitimación jurídica del aborto es consecuencia el asombroso aumento del número de casos de abortos en todo el mundo²³ y la postura de indiferencia, por parte de la elite económica e intelectual de esos países, ante esos datos numéricos²⁴.

1.2 La manipulación genética del embrión

Ante esa realidad de contradicciones con relación a la condición jurídica del “nasciturus”, también están pesando en esa balanza las modernas investigaciones científicas que están ocurriendo en el campo de la genética y que traen consigo grandes intereses económicos. En el intento de encontrar una solución para esa cuestión, los países interesados han determinado legalmente directrices para esas actividades, buscando indicar límites para la investigación científica y finalidades que justifiquen esas intervenciones.

La regulación jurídica de la manipulación genética de material humano debe siempre buscar un límite ético para la aplicación de sus modernas técnicas de ingeniería genética²⁵. Esas actividades, cuando practicadas dentro de los ámbitos de laboratorios universitarios y privados, demuestran la existencia de varios intereses que son puestos en juego, principalmente en países industrializados. Por esa razón, las primeras legislaciones²⁶ sobre ese tema surgieron en Estados Unidos y Europa, donde se ve la importancia de la determinación de los límites de la investigación científica, como también los límites la influencia del mercado.

Con la estipulación legal de esos límites, ocurrió el crecimiento de la calidad y cantidad de esas técnicas impartidas en laboratorios y clínicas de reproducción²⁷. Con todo, las políticas públicas respecto a las investigaciones genéticas sobre reproducción y

utilización de fetos no han llegado dar una respuesta satisfactoria ante los casos cuestionables que se presentan cotidianamente²⁸. Por esa razón, es justa la preocupación de la comunidad académica de buscar una fórmula que garantice un nivel razonable de intervención en la materia humana, sabiéndose de la gran capacidad de expansión del mercado en esa área y de los graves problemas de la falta de respeto a los derechos individuales.

A partir de la aplicación de las técnicas de ingeniería genética, ha aumentado el número de indagaciones cuanto a su licitud ética, principalmente respecto a los principios que rigen esas intervenciones²⁹. Las técnicas usadas en material humano portan un gran riesgo para la vida humana que se desarrolla, como la eugenesia y el congelamiento de embriones. Eso justificaría que algunos autores refuten a la total sustitución de las soluciones naturales por las modernas intervenciones artificiales que determinan el futuro de una vida humana, como en la opción entre la adopción de niños y la reproducción artificial³⁰.

Ante la pluralidad de intereses que se presentan en esos casos, ya es posible encontrar a posturas más dogmáticas que aseveran la necesidad de una concreta delimitación del campo de actuación de las técnicas biogenéticas, sin que significase eso un rechazo al progreso de la Modernidad. Verdaderamente aquí está la esencia de esa indagación sobre los aspectos éticos de la manipulación genética – se trata de la pregunta de cómo progresar científicamente dentro de patrones que respeten a la dignidad de la persona humana³¹.

2 LAS RAZONES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA INSATISFACTORIA

A partir de los datos presentados, se nota que el punto central del cuestionamiento respecto a las prácticas de aborto y de manipulación genética de material humano es el problema del estatuto jurídico del “nasciturus”. También confirma eso la situación de que entre las actuales declaraciones de derechos que son asignadas en ámbito internacional, sobretodo coordinadas por las Naciones Unidas, no se encuentra todavía alguna que tratase específicamente de los derechos del “nasciturus”³², lo que nos lleva a pensar que esa inexistencia de garantías al “nasciturus” en verdad demuestra un problema mucho más grave, que es la falta de criterios morales objetivos para ese tema en la sociedad actual. Es decir, la moderna sociedad occidental ha creado una duplicidad cuanto al destino del “nasciturus” a medida que posibilita a la mujer embarazada o al científico escoger entre la vida, la muerte o la utilización del embrión o feto, cuando lo

más prudente sería hacer una norma concordante a los valores esenciales de la sociedad. Por contrario, una protección al “nasciturus” sin verdaderos fundamentos éticos significaría un mero embasamiento legal que ha sido hecho por razones de utilidad pública u oportunidad social.

La falta de parámetros éticos sobre ese asunto en las legislaciones modernas, valorando de una forma diferenciada la vida prenatal y la postnatal, está ancorada en el pensamiento actual dualista que diferencia el “ser humano” biológico y la “persona” en sentido jurídico. Tal “dualismo” tiene un matiz jurídico que es la inserción del concepto de “persona” en la categoría pandectista de la “capacidad jurídica”, sin que hubiese la mediación de un plano ético, que fue justamente lo que hizo la doctrina pandectista, cuando ha trabajado el Derecho romano, utilizándose como directriz la visión patrimonialista-privatista del sujeto de derecho³³.

A partir de la utilización concreta de ese concepto en el derecho positivo, las legislaciones europeas han reconocido el estatus de persona a entes diferentes del individuo biológico (la “persona” colectiva) y han negado la capacidad jurídica a otros, como los hombres no todavía muertos (“homines nondum mortui” – muerte civil) o no todavía nacidos (“homines nondum nati” – “nascituri”). A pesar de eso, ya está ocurriendo la modificación de esa postura, como en el reconocimiento de cierta “capacidad jurídica” al “nasciturus” por daños sufridos en el embarazo³⁴.

3 PROPUESTA DEL CONCEPTO DE “PERSONA POR NACER”

Son notorias las actuales investigaciones científicas que han comprobado la existencia de vida humana biológica, sensitiva y psíquica en el “nasciturus”. Así, varios autores, partiendo de esos resultados, han buscado fundamentar una nueva postura que determinase las conductas humanas en temas como la libertad reproductiva de la mujer y la manipulación genética de material humano³⁵. Con todo, esa pluralidad de argumentos presenta siempre una misma directriz de fundamentar la condición ético-jurídica del “nasciturus” en postulados filosóficos que aceptan la dignidad humana del “nasciturus”, pero que también subyugan al sistema jurídico³⁶.

Además del problema de la regulación jurídico-legislativa³⁷, hay todavía la cuestión subyacente del estatus de la propia ciencia jurídica, pues la utilización de un concepto extra-jurídico que fundamente la condición del “nasciturus” significaría rechazar a las conquistas de la ciencia jurídica moderna. Así,

nos parece que la solución de ese obstáculo para la superación de la posición pandectista que todavía tiene fuerza debe pasar por una nueva postura trabajada por varios autores contemporáneos, el “sistema latinoamericano”, que se justifica en razón de tener una raíz distinta de la germano-pandectista, porque basada en la tradición ibérica y en el Derecho romano puro³⁸.

La importancia de ese “sistema latinoamericano” está en la inserción, en los textos de sus códigos civiles nacionales³⁹, de los “nascituri” en la condición de sujetos de derecho, especialmente dentro de la categoría jurídica de las “personas por nacer”, conforme se nota en el texto argentino vigente. Además, vale recordar que dicho concepto fue creado por el renombrado jurista brasileño Teixeira de Freitas y se hizo presente en muchas leyes latinoamericanas en razón de la influencia doctrinaria de ese autor durante el siglo XIX y de la repercusión del texto codificado argentino en otros países.

Con todo, es notorio que la ciencia jurídica moderna desconoce la importancia de la citada perspectiva; a sabiendas de eso, se justifica que se intenten trabajos por hacer la apreciación crítico-científica de la sustentación teórica y aplicabilidad práctica del concepto de “persona por nacer” – y eso sería la propuesta final de esa investigación. En otros términos, desde esa indicación, se busca la finalidad más apropiada a ese grave problema de la condición jurídica del “nasciturus” a partir del pensamiento de ese autor del siglo XIX, el renombrado brasileño Freitas, porque de esos trabajos se podrá llegar a una verdadera comprensión global de todos los ámbitos de actuación jurídica de los que todavía no han nacido y que esperan en el vientre materno el aliento para seguir viviendo. La cultura occidental no consigue percibir esa realidad en el momento, lo que se nota por el discurso liberal actual que llamamos de “personista”. No faltan ejemplos para elucidar las estrategias de ese discurso, como hace poco tiempo se hablaba y se decidía en contra de los fetos anencefálicos⁴⁰ en Brasil. Entre tanto, la mejor respuesta es la protección a los más vulnerables, como los niños (por nacer o ya nacidos), los ancianos y los enfermos. Con el concepto jurídico de “persona por nacer”, se entiende que de alguna forma esa protección va a garantizar un estatuto necesario a algunos de esos más vulnerables de esa sociedad occidental cada vez más involucrada en una visión de mundo utilitarista y contraria a esos necesitados.

REFERENCIAS

- BALLESTEROS, Jesús. Estatuto ontológico del embrión y experimentación científica. In: *Symposium Internacional sobre el Embrión*, Valencia, nov. 1999.
- BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. 1. ed., 4ª reimpr. Madrid: Tecnos, 1997.
- BRODY, Baruch A. *The Ethics of biomedical research. An international perspective*. New York: Oxford University Press, 1998.
- BICUDO, Hélio. *Direito à vida*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 1997.
- CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. v. I.
- CICCONI, Lino. I problemi etici dell'aborto nell'enciclica Evangelium Vitæ. In: SGRECCIA, Elio; SACCHINI, Dario. *Evangelium Vitæ e bioetica. Un approccio interdisciplinare*. Milano: Vita e Pensiero, 1996. p. 59-76.
- CLOTET, Joaquín. Bioética como ética aplicada e genética. *Bioética*, v. 5, n. 2, p. 173-183, 1997.
- D'AGOSTINO, Francesco. Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della filosofia del diritto. *Rivista di Diritto civile*, anno XXXIII, n. 1, p. 21-35, 1987 (gennaio-febbraio).
- DAL MOLIN, Aquiles. *Nascituricídio: aspectos jurídicos e éticos do aborto e do corpo da mulher*. Porto Alegre: Aquiles Dal Molin ed., 1988.
- DE FRANÇA, Genival Veloso. Aborto – breves reflexões sobre o direito de viver. *Bioética*, v. 2, n. 1, p. 29-35, 1994.
- DEL BARCO, José Luis. *Bioética de la persona. Fundamentos éticos y antropológicos*. Bogotá: Universidad de La Sabana, 1998.
- ENGELHARDT, Hugo Tristram. Die Einführung von Zugangsbeschränkungen für kostenintensive lebensrettende medizinische Behandlung. In: ENGELHARDT, Hugo Tristram & SACHSSE, Christoph. *Sicherheit und Freiheit. Zur Ethik des Wohlfahrtsstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990, p. 289-312.
- ENGELHARDT, Hugo Tristram. *Los fundamentos de la bioética*. Trad. Isidro Arias, Gonzalo Hernández, Olga Domínguez (2. ed. americana). Barcelona: Paidós, 1995.
- ENGELHARDT, Hugo Tristram. *The foundations of bioethics*. New York: Oxford University Press, 1986.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho de las personas en los Códigos civiles de Argentina (1869) y Perú (1984) y la unidad del sistema jurídico latinoamericano. In: SCHIPANI, Sandro (org.). *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto latinoamericano*. Padova: CEDAM, 1991, p. 253-293.
- FLORES, Alfredo de J. Derecho a la vida y anencefalia. El debate actual sobre el estatus del anencefálico en Brasil. In: CIANCIARDO, Juan (org.). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006. p. 185-208.
- FLORES, Alfredo de J. Uma reflexão sobre a ADPF 54 – a condição jurídica do anencefálico. *Quaestio Iuris*, UERJ, Rio de Janeiro (Brasil), v. 2, p. 135-167, 2005.
- FREEMAN, Michael. The new birth right? Identity and the child of the reproduction revolution. *The International Journal of Children's Rights*, v. 4, n. 3, p. 273-297, 1996.
- JOANNINI, Frank L. *The Argentine Civil Code* (effective January 1st, 1871). Boston: The Boston Book Company, 1917.
- JONAS, Hans. *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil*. Parte general. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978.
- MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana. *Constitución y derechos humanos: jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991. Tomo 1.
- PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Os direitos humanos do embrião: análise bioética das técnicas de procriação assistida. *Revista dos Tribunais*, ano 88, v. 768, p. 76-91, (out. 1999).

SELB, Walter. Schädigung des Menschen von Geburt – ein Problem der Rechtsfähigkeit? *Archiv für die civilistische Praxis*, 166 Band, 1966. p. 76-128.

SERRA, Angelo. Pari dignità all’embrione umano nell’enciclica Evangelium Vitæ. In: SGRECCIA, Elio; SACCHINI, Dario. *Evangelium Vitæ e bioetica. Un approccio interdisciplinare*. Milano: Vita e Pensiero, 1996. p. 147-173.

TARANTINO, Antonio. *L’statuto del nasciturus*. Vaticano: Libreria Vaticana, 1995.

TAUPITZ, Jochen. Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung. *Juristen Zeitung*, 47. Jahrgang, n. 22, p. 1089-1099, (Nov. 1992).

THÉRY, René. La condition juridique de l’embryon et du fœtus. *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, année 1982. p. 231-238.

UNITED NATIONS. 1996 – *Demographic Yearbook*. Department of Economic and Social Affairs. 48. ed. New York: United Nations, 1998.

UNITED NATIONS. *Abortion polices: a global review*. Department of Economic and Social Development. New York: United Nations, 1992. v. I (Afghanistan to France).

UNITED NATIONS. *Abortion polices: a global review*. Department of Economic and Social Information and Policy Analysis. New York: United Nations, 1993. v. II (Gabon to Norway).

UNITED NATIONS. *Yearbook of the United Nations 1994*. Department of Public Information. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. v. 48.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. 462 U.S. 416 (1983).

UNITED STATES SUPREME COURT. *Doe v. Bolton*. 410 U.S. 179 (1973).

UNITED STATES SUPREME COURT. *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*. 428 U.S. 52 (1976).

UNITED STATES SUPREME COURT. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. 505 U.S. 833 (1992).

UNITED STATES SUPREME COURT. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

UNITED STATES SUPREME COURT. *Webster v. Reproductive Health Services*. 492 U.S. 490 (1989).

VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

NOTAS

¹ Doctor en Derecho y Filosofía por la *Universitat de València* (España). Profesor Adjunto de Metodología Jurídica (*Universidade Federal do Rio Grande do Sul* – UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil). Profesor Permanente del Programa de Posgrado *stricto sensu* en Derecho (UFRGS). Socio de la *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (AAFD). E-mail: <ajdmf@yahoo.com.br>.

² JOANNINI, Frank L. *The Argentine Civil Code (effective January 1st, 1871)*. Boston: The Boston Book Company, 1917. Art. 63: “*Unborn persons* are those who, not having been born, are conceived in the maternal womb”.

³ ENGELHARDT, Hugo Tristram. *The foundations of bioethics*. New York: Oxford University Press, 1986. Hemos utilizado también la traducción española hecha por Isidro Arias, Gonzalo Hernández y Olga Domínguez de la 2ª edición norte-americana: ENGELHARDT, H. *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona: Paidós, 1995.

⁴ Engelhardt habla que “como mínimo, la ética y la bioética son un medio para solucionar disputas concernientes a la conducta conveniente que descarta el recurso a la fuerza como base fundamental para una resolución. (...) Si alguien está interesado en resolver las controversias morales sin recurrir a la fuerza, pero con la autoridad moral reconocida por todos como base del consenso, tendrá que aceptar el acuerdo entre las distintas partes en discordia o la negociación pacífica como los medios para alcanzar la resolución de controversias morales concretas” (*Los fundamentos de la bioética*, traducción española, p. 91). Así, el autor defiende que las disputas morales no deben ser resueltas mediante la fuerza injustificada (“la resolución basada en la fuerza carece de autoridad intelectual” – trad. españ. p. 94); por lo contrario, la ética secular respeta a la libertad de los participantes en una controversia moral porque se basa en el permiso de esos mismos “agentes morales”. Por esa razón, la comunidad moral secular es el “posible lugar de encuentro intelectual de personas interesadas en resolver las controversias morales por medios que fundamentalmente no se basan en la fuerza” (trad. españ. p. 92), pues la bioética secular busca “una explicación general de lo que los individuos se deben mutuamente y de lo que deberían hacer, especialmente en el contexto de la asistencia sanitaria” (trad. españ. p. 31).

⁵ Explica Engelhardt (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 153) que “todas las personas pueden imaginar la noción de la comunidad (moral) pacífica y, en la medida en que obran de acuerdo con este concepto, toman parte, junto con otros, en la comunidad (moral) pacífica (esto es, definida por una moral pluralista, secular y general)”. En esa comunidad moral secular, las entidades racionales y auto-reflexivas solamente pueden interpretarse a sí mismas de forma coherente si se

comprenden como entidades morales responsables, como “agentes morales” o, lo que es lo mismo, “personas”. Así, “persona” es la entidad capaz para el discurso moral, pues tiene capacidad de reflexión propia, racionalidad y sentido moral, lo que determina que “la moralidad de la autonomía es la moralidad de las personas” (idem, trad. españ. p. 156). La cuestión central de ese argumento es la posición de las entidades que no poseen esas características, como el embrión y el feto, que al cabo no tendrían “autonomía” en razón de que no se convirtieron todavía en “personas”. El autor soluciona ese caso con la determinación de que los “agentes morales” tienen poder de autorizar la utilización de esos sus “productos humanos”: eso demuestra la intención del autor de contraponer la “vida biológica humana” a la “vida personal”.

⁶ Engelhardt nos habla que ese principio puede ser visto como un consentimiento implícito (agentes individuales y colectivos autorizados a defender a inocentes amenazados por fuerza que no consintieron – por eso las políticas públicas tienen como fundamento moral la defensa del inocente) y explícito (mismos agentes pueden decidir el cumplimiento de contratos o la creación del derecho a asistencia social). La máxima sería “no hagas a otros lo que ellos no se harían a sí mismos, y haz por ellos lo que te has comprometido a hacer”; de eso se comprende que la obediencia al principio es importante, pues está ligada a una actitud justificable para personas pacíficas en general, siendo prohibida la utilización de la fuerza defensiva o punitiva contra la propia persona (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 138; original inglés, p. 86).

⁷ Engelhardt explica que, presentándose como un contrato implícito, la beneficencia puede adquirir contenido en una comunidad que tenga una visión común que determine los beneficios y perjuicios; siendo un contrato explícito, los contenidos de una obligación de beneficencia se basan en el principio del permiso (las políticas públicas son plausibles cuando la beneficencia fundamenta los derechos a asistencia social resultantes de propiedades comunes). La máxima sería “haz el bien a los demás” (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 140; orig. inglés, p. 87), donde la obediencia al principio tiene ligación con un actuar justificable a personas caritativas, pero que no se justifica a uno que sea no solidario y que merezca ser excluido de la comunidad.

⁸ Cuando habla de la propiedad, Engelhardt separa la propiedad por contrato implícito (la posesión natural de uno mismo, los derechos sobre sus hijos y productos) y explícito (propiedad por consentimiento dado en procedimiento formal y complejo). Ese principio debe ser respetado en vista del interés común de la existencia de una comunidad pacífica comandada por una autoridad moral secular general, como en los casos de los principios del permiso y de la beneficencia. Como el permiso es anterior, el conflicto que surge entre poseer sus propios bienes y hacer oportuno a que todos tengan bienes suficientes para su desarrollo será resuelto a partir del respeto a los derechos de propiedad, incluso en

condiciones de tensión con la esfera de la beneficencia (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 185; original inglés, p. 134). En el caso específico de la posesión de los niños, una vez que es probable que se conviertan en personas, hay una limitación de ese derecho en razón del principio de la beneficencia. El autor, entre tanto, asevera que “dentro de los límites impuestos por la moralidad secular general parecería algo verosímil que las plantas, los microbios y los cigotos humanos pudiesen ser creados como productos y posteriormente comprados y vendidos como si fueran meros objetos” (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 178). Esos derechos de propiedad solamente cesarían cuando los niños se convirtiesen en personas “sui iuris”, cuando tengan conciencia de sí, pues así la moralidad de la autorización enajenaría los derechos propiedad de los padres sobre los niños, surgiendo nuevos derechos sobre los hijos cuando sometidos al control paterno.

- ⁹ Con relación a las políticas públicas, que son notoriamente las premisas de su pensamiento, Engelhardt habla que la propiedad no puede ser totalmente comunitaria, pero debe haber la propiedad individual en vista de ser la primordial, de donde surgen la comunitaria y la colectiva (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 185 y 186; orig. inglés, p. 135). En tanto a los impuestos, deben ser distribuidos entre todas las personas con base en la posesión colectiva del material con el fin de compensar a todos, pues la posesión de algunos impide que reste algo para los demás. En otro lugar, Engelhardt habla que es insoluble la cuestión de equilibrar los altos costes de la técnica médica actual cuanto a la capacidad contributiva de la sociedad, sobretodo de los que dan una menor contribución: ENGELHARDT, H. T. Die Einführung von Zugangsbeschränkungen für kostenintensive lebensrettende medizinische Behandlung. In: ENGELHARDT, H. T. & SACHSSE, Christoph. *Sicherheit und Freiheit. Zur Ethik des Wohlfahrtsstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990, p. 289-312, especialmente p. 311).
- ¹⁰ Engelhardt asevera que la autoridad deriva del consentimiento implícito por causa del principio de permiso y de la suposición de la comunidad pacífica de protección a los inocentes contra el uso no-autorizado de la fuerza; el consentimiento explícito se da en los acuerdos de transferencia de autoridad por los individuos a una entidad política para la administración de los recursos colectivos, posibilitando la recepción de asistencia sanitaria. La máxima es “obedece las leyes cuando tengas que hacerlo; siéntete culpable de las infracciones cuando debas”, lo que demuestra que actuar contra la autoridad política legítima resulta en no poder protestar contra el uso de la fuerza punitiva y defensiva (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 202; orig. inglés, p. 144).
- ¹¹ En las palabras de Engelhardt (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 258), “las personas en sentido estricto, lo son años después de nacer y, probablemente, dejan de existir antes de la muerte de sus órganos”. Eso nuevamente confirma su posición de distinguir entre el “hombre” biológico y la “persona”, justamente encuadrándose en el “dualismo” actual de matiz utilitarista.
- ¹² Engelhardt pregona la visión subjetiva de ese valor, pues “a menos que los procreadores hayan transferido sus derechos a terceros (...) mantienen el derecho moral secular de abortar el feto, incluso en el caso de que a otras personas les agradase adoptar al futuro niño” (*Los fundamentos de la bioética*, trad. españ. p. 278). En razón de eso, el autor no titubea en afirmar que “dado el desarrollo mínimo de esta vida humana, la exigencia moral será también mínima” (idem, p. 276).
- ¹³ ROE V. WADE, 410 U.S. 113 (1973). Junto a esa legitimación de un discurso abortista en la Suprema Corte americana, actualmente muchos organismos oficiales o no-gubernamentales defienden ideas conectadas a ese discurso, como la esterilización en masa de mujeres fértiles y las campañas publicitarias de anticonceptivos abortivos, sobretodo bajo algunas visiones eco-naturalistas (la vida futura depende de un desarrollo demográfico sostenible de los países) o neo-feministas (“derechos reproductivos” de la mujer como derechos humanos de “programar” su vida sexual y “extirpar” cualquier problema que tenga “dentro” de su cuerpo).
- ¹⁴ Las reglas del Código discutidas en ese caso por la apelante Jane Roe (410 U.S. at 117-118) eran los artículos 1191 a 1196 (exceptuado el 1195), que componían el Capítulo 9 del Título 15 del mismo Código. El art. 1191 trataba de la administración de drogas o remedios por cualquier persona a una embarazada buscando el aborto (que significaba la “destrucción” de la vida del feto o embrión en el vientre materno), con pena de 2 a 5 años de prisión. Ya los art. 1192 y 1193 trataban de la aportación de medios para el aborto, donde en el art. 1192 el criminoso sería culpable como cómplice, y en el art. 1193 trataba de la pena pecuniaria de 100 a 1000 dólares en razón de su participación con los medios en la consumación del aborto. El art. 1194 trataba de la muerte de la madre en la práctica del aborto, donde el criminoso sería considerado como un asesino. Por fin,

el art. 1196 dictaba la prohibición de práctica de aborto fuera del caso de “salvar la vida de la madre”, justamente el artículo que fue declarado inconstitucional (410 U.S. at 166).

- ¹⁵ El *Justice* Blackmun ha afirmado que, en la tradición jurídica desde la Antigüedad (incluyendo la posición de la Iglesia romana hasta el siglo XIX), la destrucción del feto todavía “no animado” no era considerada un homicidio (410 U.S. at 130-136). Cuando habla de las leyes criminales, recuerda que la primera que ha penalizado la práctica del aborto fue el Lord Ellenborough’s Act de 1803 en Inglaterra, que establecía pena de muerte para aquél que lo hiciese. Con todo, las legislaciones posteriores han recibido varias influencias socioeconómicas e ideológicas, resultando en regla en cierta descriminalización del aborto, como el Abortion Act en 1967 (vigencia en Inglaterra de la permisividad de aborto por indicación médica cuando de riesgo para la vida de la mujer o por anomalías físicas o mentales del feto) y las legislaciones de Estados americanos que permitían el aborto con gran permisividad (410 U.S. at 139-140).
- ¹⁶ El derecho a la privacidad o intimidad personal fue el argumento básico para el reconocimiento de la libertad individual de la mujer de escoger el término o no del embarazo. El *Justice* Blackmun ha dicho que los argumentos por la penalización del aborto serían “producto de la Era Victoriana” para impedir conductas sexuales ilícitas (410 U.S. at 148) y que, ante la realidad existente, el derecho a la privacidad, con base en la XIV Enmienda constitucional, en la libertad individual y en los límites del Estado de legislar, abarcaría la decisión de la mujer de terminar o no su embarazo (410 U.S. at 153).
- ¹⁷ Las situaciones son tres (410 U.S. at 164-165) : “a. durante la etapa anterior a, aproximadamente, la finalización del primer trimestre, la decisión sobre el aborto y su realización deben ser dejadas al juicio médico del facultativo que atiende a la mujer embarazada; b. durante la etapa siguiente a, aproximadamente, la finalización del primer trimestre, el Estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si lo elige, regular los procedimientos abortivos de forma razonablemente relacionada a la salud de la madre; c. durante la etapa a partir de la viabilidad, el Estado al promover su interés en la potencialidad de la vida humana puede, si lo elige, regular y aun prohibir el aborto, excepto cuando éste sea necesario, según el juicio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre”. Traducción presente en la obra: MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana. *Constitución y derechos humanos*. tomo 1. Buenos Aires: Astrea 1991, p. 853.
- ¹⁸ A partir del caso ROE V. WADE, las posteriores decisiones de la Suprema Corte americana han retocado algunos aspectos de sus argumentos. Así, por ejemplo, el caso DOE V. BOLTON 410 U.S. 179 (1973) ha facilitado a la mujer, como una garantía de la XIV Enmienda, hacer aborto en el primer trimestre de embarazo, necesitando tan solamente la autorización de un médico, sin necesidad de tener residencia en el Estado (410 U.S. at 201). En el PLANNED PARENTHOOD OF MISSOURI V. DANFORTH 428 U.S. 52 (1976) se ha determinado que la decisión final respecto a practicar el aborto sería solamente de la mujer, no habiendo obligación de la intervención del padre del feto o de los padres de la mujer (428 U.S. at 74). Ya en la decisión del AKRON V. AKRON CENTER FOR REPRODUCTIVE HEALTH 462 U.S. 416 (1983) se afirma que la mujer tiene libertad para escoger el lugar (hospital público o clínica privada) para hacer el aborto en embarazo de segundo trimestre (462 U.S. at 451-452). El caso WEBSTER V. REPRODUCTIVE HEALTH SERVICES 492 U.S. 490 (1989) ha sido apuntado como un nuevo paradigma en las decisiones de la Corte (MILLER, J. et alii, op. cit. p. 859), pues ha declarado constitucional a una ley del Estado de Missouri que hacía una fuerte limitación a las prácticas abortivas en tres puntos: prohibición de hacer abortos en hospitales públicos; prohibición a la salud pública de hacer abortos que no fuesen necesarios para salvar la vida de la madre; determinación a los médicos de hacer exámenes clínicos a partir de la 20ª semana de embarazo para comprobación o no de la viabilidad del feto fuera del vientre materno (492 U.S. at 522). Por fin, el caso PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY 505 U.S. 833 (1992) ha determinado la constitucionalidad de los requisitos de identificación de la mujer embarazada (excepto la noticia sobre su condición matrimonial), pues los datos son necesarios para la apreciación médica y para los intereses del Estado (505 U.S. at 900-901).
- ¹⁹ Según Miller (MILLER, J. et alii, op. cit. p. 860, 861 y 869), hubo influencia en Alemania Federal a partir de la V ley de 21 de junio de 1974, que ha revocado disposiciones del Código penal alemán en favor de la no incriminación por terminación del embarazo dentro del plazo de las primeras 12 semanas (art. 218); después hubo una importante decisión de la Corte constitucional alemana en 25 de febrero de 1975, reformulando dicho artículo; posteriormente, fue publicada la XV ley de 18 de mayo de 1976, que permitió el aborto bajo excepciones

- (art. 218a). Con la reunificación política alemana, se hizo un acuerdo para la adopción de una misma legislación entre los dos países alemanes a partir de fines de 1992, como atesta: UNITED NATIONS. *Abortion policies : a global review*. Department of Economic and Social Information and Policy Analysis. v. II (Gabon to Norway). New York: United Nations, 1993, p. 25.
- ²⁰ Ese respeto a Francia, la ley 75-17 de 17 de enero de 1975 ha liberado el aborto legal en el país, teniendo enmienda de la ley 79-1204 de 31 de diciembre de 1979 que aclara los procedimientos para la aplicación legal, como la determinación de informar a la mujer embarazada de la prevención del embarazo y de alternativas a la práctica de aborto (UNITED NATIONS. *Abortion policies : a global review*. Department of Economic and Social Development. v. I (Afghanistan to France). New York: United Nations, 1992, p. 133). En la actual legislación francesa (THÉRY, René. *La condition juridique de l'embryon et du fœtus. Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, année 1982, p. 231-238, esp. p. 236) se puede hacer una diferencia entre el embrión (hasta 3 meses), el feto no viable (3 a 6 meses) y el feto viable (6 a 9 meses).
- ²¹ En Italia (MILLER, J. et alii, op. cit. p. 877 y 878), la decisión de 18 de febrero de 1975 de la Corte constitucional italiana, mediante la declaración de inconstitucionalidad del art. 546 del Código penal italiano, abrió la posibilidad de despenalización del aborto cuando haya ocurrido algún daño que afectase el bienestar o el equilibrio físico de la mujer.
- ²² Si observamos el método utilizado en investigaciones de la ONU (UNITED NATIONS. *Abortion policies: a global review*. cit., v. I, p. 7 a 12) se puede encontrar como variables en las legislaciones criminales nacionales: “salvar la vida de la mujer”, “preservar la salud física y mental de la mujer”, “estupro”, “incesto”, “razones socioeconómicas”, “razones privadas”, “malformación del feto”, “error en la contracepción”, “embarazada menor de edad”, “embarazada con virus HIV”. A partir de esos elementos, la legitimación jurídica del aborto tendría una relación con los postulados ideológicos, metafísicos y religiosos; de eso se observa la diversidad de ideas que fundamentan el aborto en las legislaciones, según se trate de países de mentalidad individualista-utilitarista, de integrantes del bloque socialista y de países que pretensamente adoptan una declarada postura religiosa.
- ²³ Según datos de la ONU, el aborto legal ocurre en gran parte de los países del mundo, en especial en Europa, Asia y Norteamérica. Conforme sus estadísticas (UNITED NATIONS. *1996 – Demographic Yearbook*. Department of Economic and Social Affairs. 48 ed. New York: United Nations, 1998, p. 388), los países con mayor número de abortos provocados legalmente en Asia son la Federación Rusa (media anual de 3.673.626 abortos entre 1987 y 1995) e India (media anual de 576.599 entre 1987 y 1991), en cuanto que, en Norteamérica, son los Estados Unidos (media anual de 1.383.212 abortos entre 1987 y 1992). Ya en Europa, son expresivos los números de Ucrania (media anual de 1.036.494 entre 1987 y 1991), Alemania (media anual de 126.854 entre 1988 y 1995), Francia (media anual de 162.028 entre 1987 y 1992) e Italia (media anual de 158.353 entre 1987 y 1994). Hay datos extraordinarios sobre abortos ilegales, que también son numerosos, como en el caso de Brasil, donde tendría ocurrido un número de 3.000.000 de abortos en 1988 (DE FRANÇA, Genival Veloso. *Aborto – breves reflexões sobre o direito de viver. Bioética*, v. 2, n. 1, 1994, p. 29-35, esp. p. 31).
- ²⁴ Concretamente, lo que interesa a muchos es la adopción de una solución legislativa que favorezca siempre a la mujer embarazada y nunca al “nasciturus”. Así, el pasotismo actual ha hecho que el uso actual del término “aborto” no signifique más matar a un ser humano. Hay una interesante propuesta de cambiarlo por un término más jurídico – el “nascituricidio”, el “hecho de matar a quien nacerá” (DAL MOLIN, Aquiles. *Nascituricidio*. Porto Alegre: Aquiles Dal Molin ed., 1988, p. 13-14).
- ²⁵ La necesidad de una legislación sobre la condición del embrión ante la manipulación genética surgió con el Código de Núremberg de 1947, donde se ha dado un tratamiento jurídico al asunto, en el intento de evitar a las atrocidades de los nazis, y se ha permitido que se hiciesen algunos tipos de experiencias médicas. La regla más importante del documento, muy útil ante la revolución de la fertilización “in vitro” en los años 1970, era la de que “el consentimiento voluntario en relación al material humano es absolutamente esencial”, como se ve en: BRODY, Baruch A. *The Ethics of biomedical research*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 213.
- ²⁶ Entre los documentos actuales más importantes está el Informe Belmont de 1979 (BRODY, op. cit. p. 281-288) y la Ley de Protección al Embrión en Alemania (1990), conocida por penalizar los casos de uso impropio de tecnologías reproductivas y de embriones humanos y prohibir la selección sexual, el clonaje y la creación de seres híbridos (idem, p. 333-335). En nivel internacional, la Asociación Médica Mundial hizo la Declaración de Helsinki de 1996 sobre investigaciones biomédicas con material humano (idem, p. 214-216); el Estatuto sobre Trasplante de Tejido Fetal de 1989 (idem, p. 216-217) y la Declaración sobre el Proyecto del Genoma Humano en 1992 (idem, p. 217 y sig.).
- ²⁷ B. Brody cita como nuevas técnicas biogénéticas: las investigaciones sobre fetos en el útero (sólo para fines terapéuticos); la utilización de tejido fetal (justificado su empleo por tener rápido desarrollo y resistencia a daños); y la pre-implantación de cigotos (BRODY, op. cit., p. 100-118).
- ²⁸ Cuanto a las consecuencias jurídicas del análisis del genoma humano, J. Taupitz afirma que todavía existe en las legislaciones modernas el problema del reconocimiento de la patente de invención y de los consecuentes derechos de propiedad (TAUPITZ, Jochen. *Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse : Eigentum, Persönlichkeit, Leistung*. JZ, 47. Jahrgang, n. 22, Nov. 1992, p. 1089-1099, esp. p. 1099). Por otro lado, J. Clotet defiende que el genoma humano es propiedad inalienable de la persona humana, necesitando así que se respeten los principios de la autonomía y de la beneficencia para que se puede alcanzar la finalidad de esa actividad que es la dignidad del ser humano (CLOTET, Joaquín. *Bioética como ética aplicada e genética. Bioética*, v. 5, n. 2, 1997, p. 173-183, especialmente p. 177-181).
- ²⁹ Las ponderaciones de H. Jonas sobre ese tema son claramente una reflexión en respecto al papel creador del hombre relacionado a la técnica biogénética. Afirma, por ejemplo, que “los experimentos en no-nacidos son antiéticos” y ve a los fallos biogénéticos como irreversibles (JONAS, Hans. *Technik, Medizin und Ethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 216).
- ³⁰ Sobre esa discusión de la intervención artificial, M. Freeman habla que se debe sopesar los elementos en cuanto a la cuestión de la reproducción asistida y la adopción, pues como hay puntos en común entre las dos tipos (la necesidad de la pareja de constituir familia y la intervención de profesionales en el proceso), hay también expresivas diferencias (la existencia previa del niño en la adopción y la creación artificial de un ser humano para satisfacer las necesidades de la infertilidad; la burocracia de los papeles una adopción y las facilidades de documentación de una reproducción artificial). Al final, el autor concluye que, como la reproducción asistida crece alarmantemente, debemos enfrentar a sus problemas reales, pues la regla general, en esos casos, está siendo la negligencia de la perspectiva de los derechos de los niños (FREEMAN, Michael. *The new birth right ? Identity and the child of the reproduction revolution*. JCR, v. 4, n. 3, 1996, p. 273-297, esp. p. 279-281; 297).
- ³¹ D’Agostino afirma que la manipulación genética debe convertirse en terapia respetando un “mínimo ético” determinado por la sociedad a partir de sus propios valores; para eso propone que se siga a dos principios relacionados a la juridicidad, el “principio respeto” y el “principio familia” (D’AGOSTINO, Francesco. *Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della filosofia del diritto*. RDC, anno XXXIII, gen.-feb. 1987, n. 1, p. 21-35, esp. p. 28-33). Algunos autores tienen también un discurso favorable al “nasciturus”, pero no escogen el progreso científico como singular, como hace D’Agostino; a pesar de eso, defienden una línea más dogmática, centrada en la ética, como por ejemplo en R. Pereira e Silva, cuya preocupación es garantizar un estatuto científico del embrión, que lo hace de una forma estupenda afirmando que hay cuatro razones científicas de donde se deduce la personalidad del concebido: “a) la reproducción humana, natural o artificial, no ofrece comienzos alternativos – la vida humana tiene inicio desde el momento de la concepción; b) el concebido es un ser humano, distinto y único, no confundiendo con la persona de sus padres genéticos; c) no hay diferencias en la composición genética del ser humano recién-concebido y del ser humano adulto; d) el concebido posee autonomía biológica para proveer su propio desarrollo” (PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *Os direitos humanos do embrião: análise bioética das técnicas de procriação assistida*. *Revista dos Tribunais*, ano 88, v. 768, out. 1999, p. 76-91, esp. p. 89).
- ³² Las declaraciones internacionales hoy existentes tratan de situaciones de la vida humana que a todos interesan, como, por ejemplo, la “Declaración de los derechos del niño” (1959), la “Declaración sobre la eliminación de la discriminación en las tareas de la mujer” (1967), la “Declaración de los derechos del discapacitado mental” (1971) y la “Declaración universal sobre el genoma y derechos humanos” (1997). Es una opinión muy fuerte en Latinoamérica que esa falta de regulación específica de los derechos del “nasciturus” demuestra las intenciones políticas de determinados organismos internacionales que tendrían conexión con el poder económico mundial. Un ejemplo de esa opinión es la posición del ex-parlamentar federal brasileño H. Bicudo, que asevera (BICUDO,

Hélio. *Direito à vida*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 1997, p. 7 y 10) que, en verdad, la ONU estaría apoyando la política de control de natalidad que se encuentra en el “Informe Kissinger” del gobierno norteamericano, utilizándose, como instrumento para esa finalidad, del “Fondo de las Naciones Unidas para los asuntos de población” (UNFPA – United Nations Population Fund). Ese Fondo es el responsable por las conferencias mundiales sobre “Población y Desarrollo” (Bucarest 1974; Ciudad de México 1984; Cairo 1994) y, según el autor, siempre ha primado por un discurso neomalthusiano y antinatalista. En ese sentido, se puede observar que hay algo de verdad en esa denuncia cuando leemos las conclusiones de la conferencia ocurrida en septiembre de 1994 en el Cairo, donde se ve que el UNFPA tiene una constante preocupación por los “derechos reproductivos” y la “salud reproductiva” de la mujer, determinando directrices a nivel mundial para ese asunto. Esas directrices se encuentran en el capítulo VII del Programa de Acción de esa misma Conferencia, donde se habla de un planeamiento familiar accesible, aceptable y conveniente a todos, con posibilidad de selección del mejor método, de acuerdo con la realidad de cada individuo. Para alcanzar ese objetivo, la ONU ha asignado un total de US\$ 138.400.000 (correspondiendo a 49,7% de todos los recursos de ese mismo Programa de Acción) con la intención de actuar principalmente en tres puntos: la mejora de la calidad de los programas de planeamiento familiar; la adopción de una noción más amplia de cuidado de la “salud reproductiva”, estipulando la misma forma a los servicios de planeamiento familiar; y el posibilitar el goce a las mujeres en tanto a los “derechos reproductivos” y la “libertad de reproducción” (UNITED NATIONS. *Yearbook of the United Nations 1994*. Department of Public Information. v. 48. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 959 y 967).

³³ Según se percibe en: TARANTINO, Antonio. *L'èstatuto del nasciturus*. Vaticano: Libreria Vaticana, 1995 (“I diritti del nascituro e la procreazione artificiale”, § 3°). Explica J. Ballesteros (BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. 1ª ed., 4ª reimpr. Madrid: Tecnos, 1997, p. 62) que lo máximo de la visión patrimonialista está presente en la idea de “derecho subjetivo”, pues el mismo tiene conexión con un sujeto jurídico “consciente”; de ahí que “la elevación de la propiedad a prototipo de los derechos humanos, clave de la concepción ilustrada de los derechos, va a convertirse en la doctrina común de los juristas, a través de la elaboración de la noción de derecho subjetivo por parte de los escritores de la Escuela Histórica y la Pandectística”, en especial los alemanes F. K. von Savigny y B. Windscheid. En otro lugar, ese mismo autor (BALLESTEROS, Jesús. *Estatuto ontológico del embrión y experimentación científica. Symposium Internacional sobre el Embrión*, València, nov. 1999, § 1º) ha afirmado que la raíz de esa concepción dualista está en la escisión cartesiana entre “res cogitans” y “res extensa”, que hoy es utilizada por los anglo-sajones a partir de una lectura lockeana de la distinción entre “ser humano” y “persona”. La crítica a la postura dualista es también compartida por J. L. del Barco (DEL BARCO, José Luis. *Bioética de la persona. Fundamentos éticos y antropológicos*. Bogotá: Universidad de La Sabana, 1998, p. 139) cuando habla que “es doloroso advertir la inicua degradación de la noción de persona cuando se usa arteramente para dividir al hombre en dos grupos antagonicos, los unos jueces versados, los otros reos sin derechos. Es doloroso advertir cómo la idea de persona, que en otros tiempos servía para conferir al hombre esa dignidad cimera de existencia imponderable sin igual sobre la tierra, se emplea a veces como condena contra los hombres más débiles, los locos, los no nacidos, los viejos, los desahuciados, que son privados del rango que detentan las personas y reducidos a escoria destinada al pudridero”.

³⁴ Atesta K. Larenz (LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978, p. 112-114) la modificación de postura doctrinaria y jurisprudencial en Alemania sobre la cuestión de la capacidad del “nasciturus”, pues hoy se reconocen derechos de indemnización por daños ocurridos durante el embarazo que tengan consecuencias en el post-parto. Los textos más importantes sobre eso hablan de una posible “capacidad de herimiento”, la „Verletzungsfähigkeit“ (SELB, Walter. *Schädigung des Menschen von Geburt – ein Problem der Rechtsfähigkeit?*. *AcP*, 166 Band, 1966, p. 76-128, esp. p. 126-128).

³⁵ La Iglesia católica romana ha contribuido para dicha reflexión con el documento pontificio *Evangelium Vitae* de Juan Pablo II. Tiene posición favorable al “nasciturus”, rechazando a la distinción actual entre la vida

biológica y la vida personal, como nos atesta L. Ciccone (CICCONE, Lino. I problemi etici dell'aborto nell'enciclica *Evangelium Vitae*. In: SGRECCIA, Elio & SACCHINI, Dario. *Evangelium Vitae e bioetica. Un approccio interdisciplinare*. Milano: Vita e Pensiero, 1996, p. 59-76, esp. p. 67), y defendiendo la dignidad del hombre desde la concepción como consecuencia lógica de su postulado de que el “hombre” es criatura de Dios. La condición del “nasciturus” es muy importante por confirmar la condición humana ante Dios y posibilitar la construcción del bien común en la sociedad con la dignidad del “sujeto humano” (SERRA, Angelo. *Pari dignità all'embrione umano nell'enciclica Evangelium Vitae*. In: SGRECCIA, Elio; SACCHINI, Dario. *Evangelium Vitae e bioetica*. cit., p. 147-173, esp. p. 172).

³⁶ De las cuestiones bioéticas ha surgido el bioderecho, que trata del fundamento jurídico y la consolidación legislativa de esos temas. Para justificar los conceptos primordiales del sistema jurídico, sus autores continuamente buscan fundamentos exógenos al sistema, resultando así en un atestado de incompetencia de la ciencia jurídica. A pesar de la loable finalidad de las teorías que defienden al “nasciturus”, no se debe proclamar la no-creencia en el Derecho, imputándole el deber de aceptar postulados extra-sistémicos, como nos parece hacer M^a D. Vila-Coro, cuando distingue “personalidad jurídica” y el concepto ontológico de “persona”, que se estaría en un plano superior (VILA-CORO, M^a Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Complutense, 1995, esp. p. 109-110).

³⁷ La dificultad de encontrar trabajos que traten científicamente de la condición jurídica del “nasciturus” está conectada al embasamiento equivocado de posiciones sobre el estatus del mismo “nasciturus”. Así, ciertas posturas académicas en contra del “nasciturus” carecen de científicidad y no contribuyen para el desarrollo de la ciencia jurídica, pues buscan convertirla en dudable ciencia que sirve a intereses (sobre todo del poder económico globalizado). También alcanza esa actitud a la ciencia jurídica, como denuncia D'Agostino cuando habla de la tentación del jurista de convertir en carácter jurídico aquello que no es jurídico, para ponerse fuera de los conflictos sobre la manipulación genética (op. cit., p. 35).

³⁸ Para P. Catalano, el “sistema latinoamericano” (CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. v. I. Torino: Giappichelli, 1990, esp. p. 195-215), no utiliza la construcción artificial pandectista de encuadrar a los concebidos en las relaciones jurídico-patrimoniales, sino busca defender el concreto ser humano desde su concepción, reconociendo el principio de la paridad ontológica entre “nasciturus” y nacido (contra la visión pandectista de purificación legislativa como excepción), basándose en el concepto de “persona por nacer” creado por Teixeira de Freitas.

³⁹ Ese concepto se encuentra en la obra *Esbozo del Código civil* de Freitas, en el art. 53, donde “son personas por nacer las que, no habiendo aun nacido, se encuentran todavía ya concebidas en el vientre materno”. La importancia de ese concepto está en que el *Esbozo* fue base para la codificación en varios países de América, de modo especial el Código civil argentino de 1869, proyectado por D. Vélez Sarsfield, que lo ha adoptado en los art. 63 (“son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”) y 70 (“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”). Con esa adopción en el Código argentino, su aplicación fue extendida a otros países, como en el antiguo Código civil de Paraguay (que era copia del Código argentino y fue promulgado en agosto de 1876), llegando al Perú actual, con el Código civil de noviembre de 1984, donde se reconoce al concebido como sujeto de derecho, como explica Fernández Sessarego en: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho de las personas en los Códigos civiles de Argentina (1869) y Perú (1984) y la unidad del sistema jurídico latinoamericano*. In: SCHIPANI, Sandro (org.). *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto latinoamericano*. Padova: CEDAM, 1991, p. 253 a 293.

⁴⁰ Ya hablamos sobre eso para el público argentino: FLORES, Alfredo de J. *Derecho a la vida y anencefalia. El debate actual sobre el estatus del anencefálico en Brasil*. In: CIANCIARDO, Juan (org.). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p. 185-208. Hay una versión del debate para el público brasileño: FLORES, Alfredo de J. *Uma reflexão sobre a ADPF 54 – a condição jurídica do anencefálico*. *Quaestio Iuris*, UERJ, Rio de Janeiro (Brasil), v. 2, p. 135-167, 2005.

Recibido em: 22/04/2013; aceito em: 19/07/2013.